

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JULIANA PONDÉ FONSECA

PROBLEMAS ESTRUTURAIS DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO:
por um processo civil factível

CURITIBA

2011

JULIANA PONDÉ FONSECA

**PROBLEMAS ESTRUTURAIS DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO:
por um processo civil factível**

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, área de concentração Relações Sociais, linha de pesquisa Direito, Tutela e Efetividade, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2011

TERMO DE APROVAÇÃO

JULIANA PONDÉ FONSECA

PROBLEMAS ESTRUTURAIS DO JUDICIÁRIO:

por um processo civil factível

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Álvaro Pérez Ragone
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Curitiba, 03 de março de 2011.

Para minha avó Rhéa

AGRADECIMENTOS

Nunca fui partidária de longos agradecimentos, mas com tantas pessoas a quem agradecer sinto-me à vontade para me alongar um pouco mais. Para aqueles que não se interessarem, sempre há a possibilidade de pular estas primeiras páginas do trabalho.

Em novembro de 2010, antes de completar a metade dos meus dois anos de mestrado, fui diagnosticada com lúpus eritematoso sistêmico (LES), doença autoimune do tecido conjuntivo. Após o choque de me descobrir portadora de uma condição crônica, submeti-me a quase seis meses de repouso e tratamento com as medicações nada agradáveis das enfermidades reumatológicas. Em vários momentos, pensei que não conseguiria completar o programa de pós-graduação, muito menos terminar a presente pesquisa. Dessa forma, sinto-me grata simplesmente por estar bem e por ter concluído o trabalho; e agradeço aos meus médicos por terem me ajudado a superar os difíceis primeiros estágios do lúpus.

•••

Dedico o trabalho à minha avó Rhéa, que faleceu enquanto o escrevia. Essa homenagem fica em agradecimento pelo amor e apoio incondicionais que me deu ao longo de toda a minha vida.

Agradeço à minha família: minha mãe e meu pai, que sempre me incentivaram e me fizeram acreditar que sonhos são possíveis. À minha irmã Luciana, pela companhia, pelas risadas e pela cumplicidade. Aos três, um obrigado especial por terem lido partes do trabalho, mesmo sem terem nenhuma afinidade com assuntos jurídicos. Ao meu irmão Victor, pela crença inabalável no meu potencial e por fornecer a trilha sonora para longas horas de estudos.

Ao Kazu, amor da minha vida, por tudo.

•••

Aos amigos, um agradecimento especial pelo apoio, pela preocupação e pela ajuda, que veio nas formas mais variadas. À Júlia, minha cara-metade acadêmica,

pelas sugestões de bibliografia, pelas ideias, pelas conversas e ocasionais mensagens no ego, necessárias nos momentos críticos.

À Helena, por mais uma etapa que completamos juntas, entre tantas outras que já foram e que virão. Aos meus amigos velhos Alfredo e Zuia: ao primeiro por estar presente, como sempre estive nos últimos quinze anos, e ao segundo pela ajuda impagável com gráficos e números. E às minhas velhas amigas, que vêm me escorando há anos: Coca, Monica, Paola e Luluzinha.

Às minhas melhores “aquisições” no mestrado, Micheli e Felipe, parceiros improváveis perdidos em Fortaleza e nas dissertações; ao segundo, também pela ajuda com as estatísticas em alemão.

Ao William, com quem partilho preferências no Direito e na música. À Marília e à Luciana, que fizeram o possível (e teriam feito o impossível) para ajudar em tudo que estava a seu alcance. Ao Zé e ao Miguel, meus constitucionalistas favoritos. Enfim, aos meus amigos do CEJUR – Gestão Leminski.

Aos queridos membros do GADA e do MDAP, essenciais nos últimos momentos de escrita: Maíra, Giovanna, Danielle e Daniel. Às pessoas incríveis que tive o prazer de conhecer no programa: à Diana, à Oriana e ao Bruno Odahara.

Aos colegas do NEFIL – Núcleo de Estudos Filosóficos, pela convivência esporádica nos últimos quatro anos e pela oportunidade de contato com a obra de Franz Hinkelammert, influência marcante na minha pesquisa. Por isso, ao tucaninho, ao tucão e à onça pintada.

À Bea, ao Bridi e à Tríblia. Ao Tannous, por plantar na minha cabeça uma ideia que serviu de base para uma parte considerável deste trabalho.

E, por fim, às minhas queridas amigas, pelo carinho de sempre e pelo carinho extra após o diagnóstico: Bruna, Fernanda, Heloísa, Fabiane, Adrianna, Karina, Isteissi e Cassiana. Cada uma foi especial e indispensável à sua maneira.

•••

Em último lugar, mas certamente não menos importante, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, pela oportunidade e incentivo à pesquisa. Aos servidores e servidoras da Secretaria, pela atenção e zelo.

A todos os membros do corpo docente, com os quais muito aprendi nos últimos dois anos. Em especial, ao Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni e ao Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève, pela compreensão e pela atenção logo após o meu diagnóstico. Ao Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig, pelo apoio dado desde a graduação e pela importantíssima ajuda com o projeto de pesquisa e com a dissertação.

Pelos mesmos motivos acima, ao Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira, que se revelou não só como exemplo na academia, mas também como verdadeiro exemplo de vida. Muito obrigada pelo incentivo e pelas palavras de sabedoria.

E, por último, mas certamente não menos importante, ao meu orientador, Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart, pela liberdade concedida para defender meus pontos de vista, nem sempre de acordo com os seus, e pelos valiosíssimos conselhos. Obrigada também pela oportunidade de acompanhar suas aulas na graduação, importantíssimas para a minha formação como professora, na qual este mestrado foi apenas o primeiro passo.

Enquanto a gente faz planos, Deus dá risada.

RESUMO

A atual situação do Judiciário brasileiro é definida como crítica. Foram realizadas várias alterações na legislação processual civil para resolver seus problemas, como morosidade e inefetividade, mas falharam por duas razões: o mau uso da teoria da escolha racional e a desconsideração do acúmulo de processos desde a primeira instância. O diagnóstico esconde os reais efeitos dessas medidas (seu fracasso), o fato de que não existem recursos materiais suficientes e que o sistema funciona exatamente conforme o planejado, já que ele prioriza a segurança ao invés da celeridade e da efetividade. Seus problemas são estruturais. Na verdade, não há crise alguma, e a crítica dessa perspectiva é feita em duas etapas ou dimensões. Primeiro, após a análise de duas acepções de “crise”, percebe-se que ela nunca existiu, pois o Judiciário sempre funcionou mal e nunca correspondeu às necessidades da sociedade. O falso diagnóstico, todavia, legitima as mencionadas alterações legislativas e desvia a atenção de problemas mais urgentes, como o acesso à justiça. Em segundo lugar, reforçando que os problemas do terceiro poder são estruturais, eles também são causados pelas metas utópicas que o processo persegue: a verdade, em sua concepção “real” ou formal, relacionada a uma concepção particular de justiça. Os objetivos do sistema devem ser factíveis e elaborados com base nos ideais utópicos, sem jamais se confundir com eles. A factibilidade deve ser fundamento do processo. As metas sugeridas são centradas na prestação de tutela efetiva e seguem uma condição ética de factibilidade: a consideração das necessidades dos sujeitos. Um processo fundado na segurança atua como se as pessoas tivessem só preferências e não necessidades. A consagração dessas metas, que dão prioridade à celeridade e à efetividade, tem consequências, como a exequibilidade das decisões de primeiro grau e a garantia do acesso dos mais pobres à justiça.

Palavras-chave: Judiciário. Crise. Problemas estruturais. Tutela efetiva. Factibilidade.

ABSTRACT

The Brazilian Judiciary current situation is diagnosed as critical. Several legislative changes have been made to try to solve its problems, as tardiness and ineffectiveness, but they have failed for two main reasons: the misuse of rational choice theory and the neglect of the accumulation of cases in the first instance. The diagnostic also covers up the results of these trials (their failure), the fact that the Judiciary does not have enough resources and that the system may actually be working exactly as planned, since it prioritizes security instead of haste and effectiveness. Its problems are structural. Actually, there is no crisis at all and the critique of this analysis is done in two stages. First, after analyzing two notions of the idea it is perceptible that there has never been a crisis in the Brazilian justice, for it has never been able to respond to the needs of the society. The wrong diagnostic, nevertheless, serves as justification of all the legislative modifications and deviates the attention from other urgent issues, such as the access to justice. Second, the malfunctioning of the Judiciary is a result of structural problems and the utopic goals that it pursues: truth, in its “real” or formal concepts, related to a particular notion of justice. The objectives of the system should be feasible and designed from the utopic ideals, without confounding with them. Feasibility should be a fundament of the due process. The suggested goals are centered in the effective protection of rights and comply with an ethical condition of feasibility: the regard of the subjects’ needs, which are not considered if the procedural system is based in security and treats people as if they had only preferences, not necessities. The assumption of such goals, which prioritize haste and effectiveness, has consequences, such as the enforcement of first-degree decisions and the assurance of the underprivileged access to justice.

Key words: Judiciary. Crisis. Structural problems. Effective protection. Feasibility.

SUMÁRIO

RESUMO.....	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – A “CRISE” DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO	5
1. Diagnóstico da situação do Judiciário: crise	5
2. Tentativas de solução.....	14
<i>a) Restrições ao cabimento de recursos</i>	<i>15</i>
<i>b) Modificações no procedimento</i>	<i>20</i>
<i>c) Alterações dos órgãos do Judiciário e de sua competência.....</i>	<i>22</i>
<i>d) Valorização da jurisprudência como fonte do Direito.....</i>	<i>25</i>
3. Falhas comuns às tentativas.....	29
<i>a) Uso equivocado da teoria da escolha racional.....</i>	<i>29</i>
<i>b) Para onde vai o trabalho?</i>	<i>35</i>
4. Aspectos encobertos pelo diagnóstico	38
<i>a) O verdadeiro efeito das medidas adotadas</i>	<i>38</i>
<i>b) Carência de recursos humanos e financeiros</i>	<i>45</i>
<i>c) Funcionamento do sistema de acordo com o planejado</i>	<i>48</i>
CAPÍTULO II – PRIMEIRA DIMENSÃO: CRÍTICA DO DIAGNÓSTICO.....	51
1. A crise como desestabilizador do estado normal	51
2. Crise como propulsora das revoluções científicas	58
<i>a) Tradicional análise da evolução da ciência processual civil</i>	<i>58</i>
<i>b) A ausência de crise segundo outra acepção</i>	<i>63</i>
3. Etiologia da designação de um fenômeno como “crise”	69
4. Abandonando o senso comum teórico: problemas estruturais	76

CAPÍTULO III – SEGUNDA DIMENSÃO: VERDADE E FACTIBILIDADE.	80
1. A busca da verdade no processo: diferentes concepções.....	80
2. Dicotomias artificiais	88
3. Problemas acarretados pela adoção de uma meta utópica	100
4. Factibilidade: colocando a utopia em seu devido lugar	106
 CAPÍTULO IV – POR UM PROCESSO CIVIL FACTÍVEL.....	 113
1. Factibilidade processual: a definição de novas metas	113
<i>a) A verdade definitivamente não é uma meta factível.....</i>	<i>114</i>
<i>b) Factibilidade como fundamento.....</i>	<i>117</i>
2. Aplicação das novas metas e suas consequências	121
<i>a) Flexibilização dos procedimentos (ou fim do procedimento ordinário).....</i>	<i>122</i>
<i>b) Exequibilidade das decisões de 1º grau</i>	<i>126</i>
<i>c) Verdadeiro acesso à justiça.....</i>	<i>133</i>
<i>d) Incremento dos recursos materiais</i>	<i>135</i>
3. Uma verdadeira crise do processo civil	136
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	 140
 ANEXOS	 157
ANEXO I – Estatísticas do Supremo Tribunal Federal.....	158
ANEXO II – Estatísticas Gerais do Superior Tribunal de Justiça	159
ANEXO III – Tempo médio de arquivamento dos processos no Superior Tribunal de Justiça.....	160
ANEXO IV – Cumprimento da Meta nº 2 do Conselho Nacional de Justiça nos Tribunais Superiores (2009)	161
ANEXO V - Cumprimento da Meta nº 2 do Conselho Nacional de Justiça na Justiça Estadual (2009).....	162
ANEXO IV – “Plano de ação” para o cumprimento da Meta nº 2 do CNJ.....	164
ANEXO VII – Despesa total da Justiça Estadual em relação ao PIB	165
ANEXO VIII – Magistrados por cem mil habitantes	166

ANEXO XIX – Casos novos por cem mil habitantes	167
ANEXO X – Taxa de congestionamento na fase de conhecimento no 1º grau de jurisdição e Juizados Especiais.....	168
ANEXO XI – Taxa de congestionamento na fase de execução no 1º grau de jurisdição e Juizados Especiais.....	169
ANEXO XII – Tabela síntese final do Judiciário	170



INTRODUÇÃO

Na fachada do antigo prédio do Conselho Municipal da cidadela de Mdina há uma estátua da deusa Têmis. As construções da cidade, localizada na Ilha de Malta, datam de épocas medievais e estão admiravelmente preservadas. A estátua da deusa, entretanto, não está em estado tão conservado. Ela encontra-se, como em várias de suas representações ao redor do mundo, com os olhos vendados. Mas os seus braços, que geralmente empunham a espada e a balança,¹ foram arrancados; talvez em um acidente, talvez propositalmente. O que se sabe é que a deusa segue ali, à frente do edifício, cega e sem membros para fazer qualquer coisa.

À frente do prédio do Supremo Tribunal Federal do Brasil há uma estátua da mesma Têmis, com os mesmos olhos vendados, mas com os braços intactos, carregando uma espada que repousa pacificamente em seu colo.

Duas imagens da deusa da justiça, em dois lugares diferentes do mundo. A troca entre as duas seria absolutamente apropriada, ao menos em termos simbólicos. O Judiciário brasileiro, com sua espantosa inefetividade e incomparável morosidade, remete mais a uma justiça sem braços do que a uma portadora de armas. A Têmis brasileira é, na verdade, aquela que se encontra em Malta: cega e inoperante.

•••

A morosidade e a inefetividade do Judiciário brasileiro são espantosas. Vem-se buscando uma solução para seus problemas há várias décadas, mediante frequentes alterações legislativas. O diagnóstico é sempre o mesmo: crise.

A ideia de “crise do Judiciário” já faz parte do senso comum teórico dos juristas. De tão arraigada em seu imaginário, nunca é questionada, e os vários problemas servem como comprovação de que se está mesmo em estado crítico.

Busca-se, na verdade, questionar esse diagnóstico e criticá-lo. Tal crítica será feita em duas etapas distintas, mas antes disso, faz-se necessária a descrição da

¹ Essa é apenas uma das representações da deusa.

situação atual do Judiciário. Assim, no primeiro capítulo, a descrição dessa situação está de acordo com a ideia de crise. O diagnóstico é inicialmente aceito para facilitar a abordagem das medidas que foram adotadas com o objetivo de resolver o problema. Elas foram divididas em quatro categorias, para facilitar a compreensão.

Entretanto, como é facilmente perceptível pelas condições atuais do terceiro poder, essas medidas fracassaram. São apontadas duas prováveis razões para esse fracasso: em primeiro lugar, o uso equivocado da teoria da escolha racional na elaboração das soluções, que confiam em um efeito “educativo”, esperando que os litigantes aprendam com os insucessos dos atos processuais por eles praticados e não mais procurem repeti-los. As medidas são desenvolvidas como se o objetivo de todas as partes processuais fosse exatamente o mesmo – “ganhar”, no sentido de que cada uma espera que seu pedido seja provido e que o da parte contrária seja negado. Entretanto, a situação não é tão simples, pois existem outros interesses em jogo além desses. Em segundo lugar, elas falharam por somente deslocarem o excesso de processos de uma instância para outra (sempre da mais alta para uma inferior), esquecendo-se que alguém sempre precisa apreciar os recursos, mesmo que eles não sejam conhecidos no tribunal ao qual são dirigidos. Muito pouco foi feito para desafogar o trabalho na primeira instância e o foco das atenções são, certamente, os tribunais.

Esse tratamento dado à situação do Judiciário enfatiza alguns aspectos e oculta outros. Primeiramente, os verdadeiros resultados dessas medidas são escondidos. Enquanto boa parte dos juristas imagina que elas têm funcionando muito bem, quando os poucos resultados positivos alcançados não são suficientes.

Todavia, a principal questão camuflada pelo diagnóstico de crise é que os recursos materiais do terceiro poder são demasiadamente escassos. Como a atenção está sempre voltada para as sucessivas reformas legislativas, esse importantíssimo fator é negligenciado. Ao final do capítulo, levanta-se a hipótese de que o funcionamento da jurisdição, mesmo que péssimo, se dá de acordo com o planejado: os valores fundantes do sistema são a verdadeira causa do mau funcionamento.

No segundo capítulo, inicia-se a primeira dimensão da crítica ao diagnóstico. A partir de duas acepções de “crise”, conclui-se que nenhuma delas se encaixa na descrição do terceiro poder. Não há crise alguma, porque o Judiciário sempre funcionou dessa maneira (mal) e não há um período normal com o qual se possa comparar o quadro atual, teoricamente crítico. Mas o diagnóstico também é falso se entendida a crise como situação que antecede uma revolução científica, pois a Ciência Processual Civil ainda não passou por grandes rupturas e nenhuma parece estar próxima. A diagnose equivocada, entretanto, tem finalidades que também serão abordadas. Na verdade, o mau funcionamento do Judiciário é causado por problemas estruturais, principalmente pelo fato de estar fundado no valor segurança, em detrimento da celeridade e da efetividade.

Outra dimensão da crítica envolve os objetivos perseguidos pelo processo, intimamente relacionados com a promoção do valor segurança. Geralmente, acredita-se que o seu objetivo é o alcance da verdade, adotada quer sua concepção “real”, como é normalmente conhecida entre os processualistas, quer sua concepção formal. No processo, a ideia de verdade é conexa ao ideal de justiça, no sentido de que é preciso descobrir o verdadeiro para poder atribuir a cada um o que lhe é devido de acordo com o ordenamento. As duas concepções de verdade são criticadas, e é defendido um entendimento mais complexo de realidade, que não comporta nenhuma das duas.

O grande problema dos objetivos processuais é que eles estão baseados em metas utópicas – como a de justiça e de verdade. Embora as utopias tenham um papel importantíssimo na elaboração dessas metas, elas jamais podem ser confundidas com elas. Isso acontece frequentemente e gera efeitos extremamente negativos, como a desvalorização das instituições reais, que são muito diferentes de suas versões utópicas, e a justificação de qualquer medida, norma ou instituição voltada ao alcance da utopia. A utopia serve somente para delimitar a esfera do possível e para abrir potencialidades, evitando o conformismo. Dessa forma, todas as metas devem passar pelo crivo da factibilidade, para que não se caia em uma perseguição ao infinito, com todos os efeitos perniciosos mencionados. No caso do processo, a busca da verdade legitima a morosidade e a inefetividade do Judiciário.

Como não basta criticar, é preciso apontar possibilidades, no último capítulo é proposta uma meta diversa para o processo: um objetivo factível e que atende a uma condição ética de factibilidade. Essa nova meta traz algumas consequências, que são apontadas. Por fim, acredita-se que um processo fundado nos valores que hoje são mitigados em favor da segurança – celeridade e efetividade – seja a verdadeira alternativa para uma mudança radical no Judiciário deste país.

CAPÍTULO I – A “CRISE” DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

“Plus ça change, plus c’est la même chose.”²

1. Diagnóstico da situação do Judiciário: crise

A crise do Judiciário brasileiro é antiga e há muito se reclama dela. Foram realizadas sucessivas reformas legislativas e constitucionais ao longo da história, mas o problema só parece se agravar. Morosidade, tribunais sobrecarregados e inefetividade dos provimentos jurisdicionais são as principais reclamações dos juristas e da população em geral. Assim, a situação atual é diagnosticada como crise.

O Poder Judiciário, na verdade, há muito perdeu a credibilidade perante a sociedade – se é que um dia já a deteve.³ Em tempos de enaltecimento do acesso à justiça, boa parte das pessoas – ao menos a grande maioria dos não juristas – tem os tribunais como motivo de chacota.

O diagnóstico de crise é extremamente arraigado na imaginação dos juristas, a ponto de jamais ser questionado.⁴ É o lugar-comum de muitos doutrinadores, o ponto de partida de muitas críticas, o motivo do mau funcionamento da jurisdição. Mas não é por ser largamente utilizado que o mencionado diagnóstico deixa de ter certa carga ideológica.

O senso comum teórico dos juristas “designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas do Direito”.⁵ A crise do Judiciário faz parte desse senso comum teórico e, consequentemente, também

² Quanto mais se muda, mais se tem a mesma coisa (dito francês).

³ A descrença e até mesmo o desprezo da população é destacada em FARIA, José Eduardo. *O poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*, p. 13.

⁴ Importante destacar que a crise do Judiciário ganha contornos totalmente diferentes no debate realizado no âmbito do Direito Constitucional, no qual os doutrinadores preocupam-se, majoritariamente, com a judicialização da política. Ver CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 89-91; VIEIRA, Oscar Viana. *Supremocracia*, p. 483-488.

⁵ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*, p. 13.

serve para canonizar certas imagens e crenças. É um costume intelectual aceito como verdade de princípio, tão enraizado na percepção que os juristas brasileiros têm do terceiro poder que passa despercebido.

Na verdade, um dos objetivos do presente trabalho é justamente questionar esse diagnóstico, que geralmente não é controvertido. Mas tal questionamento será feito em etapas. Este capítulo, o primeiro estágio, examina o tratamento que foi dado ao problema até agora, aceitando o diagnóstico corriqueiro. Mesmo dentro dessa concepção (de que existe uma anormalidade ou crise), as medidas que foram tomadas para aumentar a eficiência, a celeridade e a credibilidade do Poder Judiciário não obtiveram sucesso. Somente na próxima etapa será demonstrada uma nova forma de conceber a situação do terceiro poder brasileiro, seguida por um novo modo de considerar o processo civil.

Por ora, compartilha-se do senso comum teórico, cabendo desenvolvê-lo. São muitos os autores que tratam da crise ou ao menos a mencionam. Algumas vezes as perspectivas de análise não coincidem, pois as causas apontadas ocasionalmente divergem, mas o diagnóstico é sempre o mesmo. Por exemplo, a causa da crise pode ser o tratamento que a Constituição de 1988 deu ao Judiciário, ao subordinar completamente os juízes de primeiro grau aos tribunais;⁶ pode ser o excessivo número de recursos previstos no sistema processual civil; a morosidade da prestação jurisdicional;⁷ ou uma organização judiciária sem recursos somada a uma legislação inadequada.⁸

A suposta crise já foi até separada em duas: a de eficiência e a de identidade. A primeira se referiria ao descompasso entre a procura e a oferta das prestações jurisdicionais; descompasso esse evidenciado em termos tanto quantitativos quanto

⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam, p. 108-114.

⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Atuais reformas do processo civil italiano e brasileiro (contrastes e confrontos)*, p. 842.

⁸ A insatisfação com as prestações jurisdicionais é tida como fenômeno mundial, por atingir diferentes países (mas não é possível afirmar que ele atinja todos os países da mesma maneira que afeta a realidade brasileira, ressalte-se). TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça*, p. 887-888.

qualitativos. Em outras palavras, o ritmo de entrada dos processos é muitíssimo inferior ao ritmo dos julgamentos (sentido quantitativo) e a tutela prestada é tida como ineficiente (qualitativamente falando).

A crise de identidade seria expressa pela dificuldade dos magistrados em abandonar concepções vistas como ultrapassadas, pelo fato de eles se apegarem a um individualismo exacerbado e terem dificuldade na interpretação de novos diplomas ou mesmo de velhos sob uma nova perspectiva.⁹

Os efeitos da crise e suas causas são comumente confundidos. O número excessivo de processos por vezes é apontado como causa da crise, mas em outras tantas vezes é tido como um efeito (pois se o Judiciário não estivesse em crise, os processos não se acumulariam). O mesmo pode ser dito acerca da morosidade.¹⁰ Por mais improvável que pareça ser a confusão entre causa e efeito do mesmo fenômeno, nesse caso ela ocorre por se tratar de algo de causa desconhecida e de efeitos imprecisos.

Outro possível diagnóstico indica a crise como efeito de alterações em um panorama muito maior, correspondente à totalidade do Estado. O Estado liberal do século XIX, não interventivo, de *laissez-faire*, teria sido substituído por outro, com muitas tarefas a cumprir – o Estado social.

Os autores divergem em relação ao termo inicial dessa alteração das funções estatais. Para uns, seria o final do século XIX¹¹ ou a Primeira Guerra Mundial,¹² enquanto outros defendem que a mudança se deu após a Crise de 1929 (e com as consequentes medidas interventivas adotadas pelo governo dos Estados Unidos).¹³

⁹ Os dois aspectos da crises são definidos por FARIA, José Eduardo. *O poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*, p. 11-15.

¹⁰ É uma pergunta circular: o Judiciário é moroso porque está em crise ou está em crise porque é moroso? Não se sabe exatamente o que é causa e o que é efeito.

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O novo papel do Estado na economia*, p. 101. Afinal, a regulação estatal da economia teria começado com a criação da *Interstate Commerce Commission*, nos EUA, em 1887.

¹² MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*, p. 17.

¹³ LAUBADÈRE, André de. *Direito público econômico*, p. 40.

Além da perspectiva econômica, que ressalta o início da intervenção estatal na economia, aos direitos fundamentais de primeira geração (liberdades) se uniram os direitos sociais, ou de segunda geração. Essa segunda espécie de direitos foi plasmada nos textos de constituições de vários países e o Estado passou a ter a tarefa de promovê-los. De simples protetor das liberdades passou a ser responsável pela concretização desses direitos sociais, o que exigia uma postura mais ativa.¹⁴

O Judiciário não foi fisicamente ou filosoficamente capaz de atender às necessidades desse novo modelo estatal, muito mais atuante. O número de juízes não era suficiente, os procedimentos eram muito apegados ao formalismo e demasiadamente inflexíveis para se adaptarem à nova realidade e para lidar rapidamente e eficientemente com as novas demandas da sociedade.¹⁵ Essa explicação, que pode ser questionada (e será), ao menos não confunde os efeitos ou sintomas da crise e as suas causas.

Se a origem da crise está no advento do Estado Social, ela está presente já há algum tempo, no mundo todo e no Brasil. O próprio Poder Judiciário brasileiro classifica sua situação como crítica desde a década de 1970. Em relatório oficial do Supremo Tribunal Federal, afirma-se que as principais falhas estariam no retardamento dos processos e na ineficácia da execução dos julgados.¹⁶

Várias medidas já foram adotadas para minimizar a malfadada crise, atacada em diferentes frentes: reformas legislativas, alterações nos regimentos dos tribunais (particularmente do Supremo Tribunal Federal), reformas na organização do poder (como a criação do Superior Tribunal de Justiça, numa tentativa de desafogar o Supremo Tribunal Federal). Mesmo assim, os processos continuam demorando e muitas prestações jurisdicionais permanecem ineficazes. O problema é tão crônico que

¹⁴ Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 405-406; COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 60-63; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 562-564.

¹⁵ Nesse sentido: CAPPELLETTI, Mauro. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, p. 706-707.

¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Reforma do Judiciário: diagnóstico*, p. 17-18.

há uma secretaria permanente no Ministério da Justiça para tratar da Reforma do Judiciário.¹⁷

São poucos os dados disponíveis, mas é possível chegar a algumas conclusões a partir deles. O Supremo Tribunal Federal disponibiliza o número de processos protocolados, o número de processos distribuídos, os julgamentos e os acórdãos publicados em sua página na Internet. A avaliação dos números do Supremo é pertinente pois a crise do Judiciário é muitas vezes subdividida em uma “crise do Supremo Tribunal Federal”, vista por alguns como uma anormalidade particular devido às peculiaridades da Corte Suprema do país,¹⁸ que é o tribunal de cúpula e guardião da Constituição.

De acordo com os dados fornecidos pelo próprio tribunal,¹⁹ em 2009 foram realizados 121.316 julgamentos. Os processos são distribuídos entre dez ministros, já que um deles ocupa a posição de presidente. Supondo que o trabalho tenha sido dividido igualmente entre eles, cada ministro julgou mais de doze mil feitos em um ano. São mais de mil por mês, desconsiderando as férias de cada um e os recessos. Considerando que cada mês tem aproximadamente vinte dias úteis, são cinquenta feitos por dia. Se em cada dia de trabalho a jornada dura oito horas, são mais de seis processos por hora, ou seja, menos de dez minutos para cada julgamento. Sem esquecer que os ministros participam de sessões de julgamento três vezes por semana, durante as quais não escrevem relatórios ou votos.²⁰

¹⁷ Foi criada no governo Lula. Ver <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ123F2D72ITEMID6DD8023789EE4DE69B639AEAAE6ABC03PTBRNN.htm>>.

¹⁸ Sobre a crise do Supremo Tribunal Federal (em obras antigas e mais recentes, a título de exemplo): SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no processo civil brasileiro*, p. 446-454; SALAZAR, Alcino. *Poder judiciário: bases para uma reorganização*, p. 191-198; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*, p. 73-81; GOMES JR., Luiz Manoel. *A repercussão geral da questão constitucional do recurso extraordinário – EC 45*, p. 265-266.

¹⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>.

²⁰ As sessões de julgamento ocorrem nas tardes de terça (sessões das turmas), quarta e quinta (plenário). Essa informação só pôde ser confirmada via telefone.

Em relação ao Superior Tribunal de Justiça, são poucos os dados disponíveis. Em maio de 2010, a Segunda Turma divulgou orgulhosamente (o número é tido como satisfatório e símbolo de uma justiça rápida, viável e confiável) a estatística dos quatro primeiros meses do ano:²¹ foram 15.647 processos julgados. São mais de três mil processos por ministro, já que a turma é composta por cinco membros, mais de 780 feitos por mês. A nota divulgada ainda que, entre todos os processos julgados, 9.818 foram julgados monocraticamente, o que significa que cada ministro decidiu sozinho quase dois mil feitos durante o período.

Obviamente, eles não trabalham sozinhos. Cada ministro, assim como cada magistrado do país, tem seus assessores, auxiliares e estagiários. Muitas vezes, a decisão fica a critério desses assistentes. No caso do Supremo, o Regimento Interno prevê, em seu art. 357, que cada ministro tem dois assessores, dois assistentes judiciários e seis auxiliares, mas a maioria deles lista oficialmente pelo menos quatro assessores.²² Ainda, desde 2009, o regimento prevê que cada um deles pode designar um juiz como seu auxiliar (art. 13, XVI-A).

Forma-se, dessa maneira, um verdadeiro exército sob o comando de cada magistrado, e não é possível determinar o que é decidido pelo juiz e o que é determinado por seus assistentes. O fenômeno é designado por alguns como “funcionarização” por outros, como “justiça de gabinete”,²³ mas sempre diz respeito à crescente burocratização do Judiciário.²⁴

Por mais corriqueira que tenha se tornado essa justiça de gabinete,²⁵ ela é proibida pela Constituição, que em seu art. 93, inciso XIV, estabelece que os

²¹ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97215&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=estat%EDstica>.

²² Na página do Supremo Tribunal Federal na Internet constam os nomes dos assessores.

²³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Questão de fato em recurso extraordinário*, p. 9.

²⁴ Ressalte-se que essa burocratização não é exclusiva da realidade brasileira: também há burocratização nos Estados Unidos (embora não em igual medida). FISS, Owen. *Um novo processo civil*, p. 116.

²⁵ Os juristas estão totalmente acostumados com ela e sua proibição constitucional é meramente retórica. Nem mesmo o Judiciário leva a sério algumas disposições da Constituição.

servidores apenas realizam atos de mero expediente ou atos de administração, sem caráter decisório.

O enorme fluxo de processos nos tribunais superiores também tem o perverso efeito de confundir e promover jurisprudência contraditória, o que leva à retroalimentação, pois a existência de pronunciamentos divergentes gera a possibilidade de novos recursos a esses tribunais. São comuns decisões diametralmente opostas numa mesma corte, o que faz com que os advogados possam selecionar os precedentes mais favoráveis às partes a seu bel-prazer.²⁶

O Supremo Tribunal Federal tem dificuldades para impor suas decisões sobre as instâncias inferiores desde a sua criação, em 1891, e a pluralidade de entendimentos – favorecida pela avalanche de processos – torna essa tarefa ainda mais árdua.²⁷ O desrespeito aos precedentes desse tribunal (e dos outros tribunais superiores) é tido como fonte de insegurança jurídica e de violação da igualdade perante à lei.²⁸

O principal aspecto (ou causa, dependendo da perspectiva) da crise é, porém, a morosidade. A Emenda Constitucional n.º 45/2004 incluiu o inciso LXXVIII no artigo 5º e assegurou o direito fundamental à razoável duração do processo, muito embora a simples inclusão do direito no rol constitucional, sem a adoção de medidas drásticas, seja certamente insuficiente. Portanto, essa forma de proteção da garantia processual a um processo temporâneo acaba se tornando meramente teórica.²⁹

Pela já mencionada ausência de estatísticas adequadas, não é possível precisar a duração média dos processos no país (nem mesmo em relação a cada estado).³⁰

²⁶ Esse fenômeno também não é exclusividade brasileira. Sergio Chiarloni compara a jurisprudência da Corte de Cassação italiana a um supermercado e defende que para algumas questões ela só pode ser considerada fonte de confusão e não, fonte do direito. *Ruolo della giurisprudenza e attività creativa di nuovo diritto*, p. 6-7.

²⁷ O Supremo Tribunal Federal procura reverter esse quadro há algum tempo. O papel de autoridade política que o Supremo tem assumido nos últimos anos não implica facilidade para impor suas decisões. Acerca desse papel político e dessa dificuldade histórica: VIEIRA, Oscar Viena. *Supremocracia*, p. 487 e ss.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*, p. 12.

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, p. 736-737.

³⁰ A duração dos processos é considerada o aspecto mais visível da crise. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*, p. 229.

Contudo, o problema temporal é grande e perceptível para os juristas e para a população em geral. A gravidade da morosidade pode ser aproximadamente aferida pela meta n.º 2 estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2009, que impôs a adoção de medidas concretas para o julgamento dos processos distribuídos até 31 de dezembro de 2005 – portanto, de mais de três anos antes.³¹ Se o Conselho Nacional de Justiça precisou impor essa meta a duração dos processos não é satisfatória e nem ao menos razoável.

A meta foi parcialmente cumprida:³² poucos tribunais a cumpriram totalmente (como o Tribunal Superior Eleitoral, o Superior Tribunal Militar, alguns Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Eleitorais). Na justiça estadual, menos de 60% dos processos distribuídos até 31 de dezembro de 2005 foram julgados. O único Tribunal de Justiça que se aproximou do cumprimento da meta, com 92% dos processos julgados, foi o Amapá, o segundo estado menos populoso do país.³³ Portanto, boa parte dos processos distribuídos antes de 2006 ainda continuam sem julgamento.³⁴

Desde a sua criação, o Conselho Nacional de Justiça disponibiliza anualmente o relatório Justiça em Números, única fonte de dados estatísticos gerais, comparando todo o território nacional. A análise, porém, é muito limitada. Os dados aferidos são somente aqueles que podem ser obtidos automaticamente, como o número de magistrados, o número de processos baixados, quantidade de servidores, de novos processos em geral, de computadores, despesas dos tribunais. Os dados mais interessantes, como duração dos processos ou a quantificação de processos por espécie, exigiriam que os feitos sejam verificados mais pormenorizadamente e por isso

³¹ O julgamento efetivo dos processos de conhecimento distribuídos até 31 de dezembro de 2006 (portanto, um ano a mais) é a meta n.º 2 de 2010 do CNJ, muito embora a meta n.º 2 de 2009 não tenha sido cumprida por muitos tribunais.

³² Sobre o cumprimento da meta n.º 2, ver relatório do CNJ nos anexos do trabalho.

³³ Segundo o Censo 2010 do IBGE. Disponível na Internet: <http://www.censo2010.ibge.gov.br/dados_divulgados/index.php>.

³⁴ O CNJ disponibiliza em sua página na Internet um arquivo de nome “modelo_plano_ação_meta2”, mas ele não traz nenhuma diretriz a ser efetivada pelo Judiciário para o cumprimento da meta. Lamentavelmente, é apenas uma tabela tipicamente burocrática, na qual os servidores devem anotar as medidas tomadas para o alcance dos objetivos. Ver anexos.

são deixados de lado. Ainda assim, alguns dados disponíveis são muito relevantes, como a taxa de congestionamento dos processos, no valor de 71% em 2009.³⁵ Grande parte das ações do país, portanto, encontra-se paralisada em algum juízo ou tribunal.

O Superior Tribunal de Justiça disponibiliza o tempo médio para o arquivamento dos feitos. Um agravo leva em média 498 dias para ser arquivado, enquanto um recurso especial, 821 dias.³⁶ Isso significa que os recursos especiais demoram aproximadamente dois anos e três meses para serem julgados e arquivados. A demora dentro do Superior Tribunal de Justiça já é alarmante, mas não se pode esquecer que nesses dois anos não está computada a duração do processo em primeira e segunda instâncias.

Esses são os aspectos críticos mais facilmente aferíveis, dada a ausência de dados precisos sobre as prestações jurisdicionais no país. Existem outros pontos relevantes, como a ineficácia de muitas dessas prestações – o notório “ganha mas não leva”, tão comum na rotina dos juristas e velho conhecido da população. São muitos os casos de execuções e cumprimentos de sentença inócuos, especialmente pela insolvência dos executados, pela dificuldade em encontrar bens para penhora ou pela inadequação das medidas executivas.³⁷ Não há como precisar essa faceta da crise, e por ora confia-se na sua notoriedade para a aceitação de sua existência.³⁸

Procurou-se apresentar aqui um panorama geral do que comumente se chama “crise do Judiciário”: morosidade, funcionarização e confusão jurisprudencial seriam

³⁵ A taxa é obtida dividindo o número de processos não baixados pela soma dos casos novos e dos casos pendentes. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009*, p. 178.

³⁶ Dados disponíveis na página do Tribunal na Internet. Ver anexos.

³⁷ Apesar de os artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil darem liberdade aos magistrados na concessão da tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, sua aplicação é relativamente tímida, quicá pelo receio dos magistrados, sua falta de hábito ou de criatividade.

³⁸ Sobre esse aspecto da situação do Judiciário, importante ressaltar a distinção entre execução frutífera e infrutífera. A infrutífera “é aquela que, apesar de fundada em sentença (ou outro título executivo) não contestada, não permite a satisfação do direito em razão da insuficiência de bens no patrimônio do devedor”. Assim, uma sentença pode ser executada de maneira infrutífera, no sentido de que a tutela “pode não ser realizada apesar de ser prestada”. A técnica executiva selecionada na prestação da tutela específica pode ser idônea e ao mesmo tempo, infrutífera pela inexistência de bens penhoráveis. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*, v.3: execução, p. 71-72.

alguns dos efeitos ou dos sinais dessa condição crítica. A grande causa do fenômeno seria o advento do Estado Social, que proporcionou o aumento das funções estatais e conseqüentemente, das demandas da população. O problema mereceu a tomada de diversas medidas voltadas à sua solução, as quais serão examinadas a seguir. Adianta-se que elas não obtiveram sucesso, pois os sinais mencionados não cessaram de existir.

Examinados dentro da visão “crítica”,³⁹ os métodos utilizados para a resolução foram ineficazes, sem esquecer que a própria visão pode ser questionada. Por enquanto, basta levantar algumas questões: somente o fato de que um sistema funciona mal significa que ele está em crise? Se eliminamos a principal causa da crise (o Estado social), o diagnóstico se sustenta por si só?

2. Tentativas de solução

Foram várias as tentativas de resolver os problemas do Judiciário brasileiro. Elas foram implementadas por alterações legislativas, modificações nos regimentos internos dos tribunais e emendas constitucionais. As medidas, na verdade, são inúmeras, pois muitos institutos que não foram criados expressamente com essa finalidade ocultamente ou indiretamente procuravam desafogar o terceiro poder.

A abordagem aqui realizada não pretende ser exaustiva, especialmente porque muitas atitudes podem ser interpretadas como investidas contra a crise. Acredita-se, porém, que todas as providências podem ser acomodadas em uma das categorias expostas a seguir. Vale ressaltar que elas serão expostas de forma sucinta, com a finalidade de servir de exemplo para a análise do conjunto, que será feita a seguir. Não se pretende descrever cada um dos institutos pormenorizadamente.

As tentativas de solução estão separadas em quatro grupos: a) restrições ao cabimento de recursos; b) modificações no procedimento; c) alterações dos órgãos do

³⁹ “Crítica” como referente à crise.

Judiciário e de sua competência; e d) valorização da jurisprudência como fonte do Direito.⁴⁰

a) Restrições ao cabimento de recursos

Essa é a tentativa mais recorrente e foi aplicada de diversas maneiras ao longo dos anos. O Direito Processual Civil brasileiro prevê um número grande de recursos e, por isso, a restrição ao seu cabimento é a primeira medida que passa pela cabeça dos legisladores.

Um dos recursos mais comuns na prática judiciária é o de agravo, voltado ao reexame das decisões interlocutórias.⁴¹ Seu regime já foi modificado diversas vezes ao longo da história. Inicialmente, a competência para legislar acerca de matéria processual era estadual – isso desde o Decreto n.º 914 de 1890, confirmado pela Constituição de 1891.⁴² A maioria dos códigos estaduais estabelecia diversas hipóteses de cabimento desse recurso: o código de Minas Gerais previa 73 casos.⁴³

A Constituição de 1934, em seu art. 5º, XIX, a, reestabeleceu a competência da União para o assunto. O Código de Processo Civil de 1939 aderiu ao princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, restringindo fortemente as hipóteses de cabimento do agravo em seu art. 842 (que enumerava os casos recorríveis). Os juristas reagiram, voltando-se ao uso da correição parcial e do mandado de segurança para recorrer de tais provimentos. O Supremo Tribunal Federal editou, em 1963, a súmula

⁴⁰ Destaque-se, já de início, que algumas medidas foram aplicadas de forma repetida – a mesma providência, ou algo muito semelhante, foi adotada, abandonada, e ressuscitada anos depois. Algumas se encaixam em mais de uma categoria e aparecerão, portanto, mais de uma vez.

⁴¹ Para não confundir com outros recursos que também se chamam “agravo”, como o previsto no art. 557, § 1º do Código de Processo Civil.

⁴² Pequeno resumo histórico da legislação processual brasileira: no período colonial e durante o Império vigoravam as disposições do Livro III das Ordenações Filipinas. Posteriormente, o Código de Processo Criminal de 1832 trouxe várias disposições para a regulação do processo civil. Após isso, a matéria foi regida por uma série de leis e decretos esparsos (como a Lei nº 261 de 1841 e o Decreto nº 143 de 1842), mas o procedimento seguia muito similar ao previsto nas Ordenações, e foi assim até o estabelecimento da competência estadual para o tema. PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do próximo milênio*, p. 101-107; SALAZAR, Alcino. *Poder judiciário: bases para uma reorganização*, p. 62-63.

⁴³ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Demasiados recursos?*, p. 13.

267, proibindo o emprego do mandado de segurança para esses fins, mas o rigor do enunciado foi flexibilizado pela prática judiciária.⁴⁴

O CPC de 1973 liberou o cabimento e deixou que as partes escolhessem se o agravo seria de instrumento ou retido nos autos, a ser julgado preliminarmente pelo tribunal no momento de julgamento da apelação. Na ausência de previsão de efeito suspensivo para tal recurso, o mandado de segurança passou a ser empregado para a sua obtenção. Em 1995, a disciplina foi alterada mais uma vez pela Lei n.º 9.139, sendo mantida a possibilidade de escolha entre as duas modalidades, exceto para decisões proferidas após a sentença (se essa decisão não fosse a que nega seguimento à apelação, caberia necessariamente o agravo retido). Essa lei também estabeleceu a possibilidade de concessão do efeito suspensivo a esse recurso.

Em 2001, novas alterações foram feitas (Lei n.º 10.352), seguidas por mais mudanças em 2005. A Lei n.º 11.187 estabeleceu o agravo retido como regra, visando conferir celeridade e racionalidade ao processo, pois os tribunais do país estavam abarrotados de agravos de instrumento.⁴⁵ A segunda modalidade ficou restrita aos casos de perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação, para decisões que versam sobre os efeitos da apelação, para os casos em que ela não é admitida ou para os procedimentos em que ela não é sequer prevista (cumprimento de sentença e execução).

É possível perceber, assim, que as alterações no regime do agravo ora elasteceram suas hipóteses de cabimento, ora as reduziram.⁴⁶ A regra ora foi sua modalidade retida, ora a modalidade por instrumento. O fato é que os tribunais do país seguiram abarrotados de agravos. Tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior

⁴⁴ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Demasiados recursos?*, p. 14.

⁴⁵ Para exemplificar: desde 1998, a maioria dos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal é de agravos de instrumento (de acordo com as estatísticas disponíveis na página do tribunal na Internet) – eles superaram 50% dos processos julgados nesse ano e se mantêm assim desde então.

⁴⁶ O Anteprojeto do novo Código de Processo Civil (elaborado por uma comissão instituída pelo ato n.º 379 de 2009 do presidente do Senado) prevê, por sua vez, a extinção do agravo retido e estabelece casos específicos de cabimento do agravo de instrumento. As questões resolvidas em decisões interlocutórias não precluem e podem ser suscitadas em preliminar à apelação (ver art. 929 do anteprojeto).

Tribunal de Justiça seguiram julgando mais agravos que qualquer outra espécie de processo.⁴⁷

Outra restrição foi estabelecida pela Lei n.º 9.756/98, que alterou o art. 557 do CPC. Além de atenderem aos pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, os recursos também não devem buscar somente repisar entendimentos já consolidados em súmulas⁴⁸ do Supremo Tribunal Federal e demais tribunais superiores. O *caput* do artigo dá ao relator o poder de decidir, monocraticamente, pela improcedência de recurso que confronta súmula ou jurisprudência dominante do Supremo ou outro tribunal superior. O § 1º-A (acrescentado pela mesma lei), por sua vez, dá o poder para julgar procedente recurso que ataque decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante dos mencionados tribunais.

A súmula impeditiva de recursos, estabelecida no art. 518, § 1º do CPC pela Lei n.º 11.276/2006, deu também ao juiz de primeiro grau o poder de examinar o cumprimento desse requisito ao realizar o primeiro juízo de admissibilidade: ele deve negar seguimento ao recurso que ataca matéria sumulada pelos tribunais superiores (matéria essa confirmada pela decisão atacada).

A mesma lei que atribuiu os “novos poderes do relator” (Lei n.º 9.756/98) fundou o regime de retenção dos recursos extraordinários e especiais interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução (art. 542, § 3º do CPC). Esse regime tem como objetivo evitar que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça examinem pedidos formulados na lide antes de julgados pelo órgão *a quo*. A retenção é inaplicável quando for iminente a ocorrência de dano. A medida foi apontada como forma de

⁴⁷ Em 2009, foram distribuídos 162.863 agravos no Superior Tribunal de Justiça e 75.600 recursos especiais. Foram julgados 137.583 agravos e 71.470 recursos especiais. Não há, aqui, confusão entre agravos e agravos regimentais (48.437 julgados no mesmo ano).

⁴⁸ Apesar de parte da doutrina defender que, na verdade, o conjunto de todos os enunciados de um tribunal forma uma única súmula de jurisprudência dominante, adota-se aqui a nomenclatura usual e corriqueira, que designa por “súmula” cada um desses enunciados. O TST, que por muito editou “enunciados”, alterou a denominação dos verbetes de jurisprudência dominante para “súmulas” em 2005 (Resolução n.º 129 de 2005).

desafogar os dois tribunais e exige a reiteração dos recursos retidos no prazo para impugnação da decisão final (ou no prazo para apresentação de contrarrazões).

Ainda em relação aos recursos para os tribunais superiores, algumas restrições surgiram após a Emenda Constitucional n.º 45, de 2004. O recurso extraordinário passou a exigir a demonstração da repercussão geral da questão nele discutida: mediante a manifestação de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal pela ausência de repercussão, o recurso deixa de ser conhecido. O novo requisito de admissibilidade ainda prevê que o mesmo tratamento seja dado a recursos análogos.

A restrição ao cabimento dos recursos extraordinários foi intentado de forma similar (mas não análoga) pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que anteriormente dispunha sobre o processo e o julgamento dos feitos (numa atribuição constitucional – Carta de 1967). Em 1970, o RISTF enumerou algumas hipóteses em que o recurso não seria cabível. Como exceção, ele seria admitido se fosse demonstrada a relevância da questão federal nele discutida (à época, o tribunal tratava de questões federais e constitucionais, e as restrições ao cabimento eram só das primeiras). A arguição de relevância foi incluída no texto constitucional mediante emenda, em 1977. Em 1980, o regime foi alterado, pois o RISTF estabeleceu as hipóteses de cabimento do recurso acerca de questão federal, mas a arguição de relevância continuou servindo para proporcionar o conhecimento de recursos que normalmente não seriam examinados.⁴⁹

Em 2008, foi incluído o art. 543-C no CPC, disciplinando o julgamento de recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça. Havendo múltiplos recursos especiais acerca de idêntica questão de direito, os tribunais de origem devem retê-los e encaminhar um ou alguns, tidos como representativos, para o Superior Tribunal de Justiça. Após o julgamento, os demais recursos serão denegados (se mantido o entendimento da decisão atacada) ou serão reexaminados pelo órgão *a quo* (se divergirem da orientação do Superior Tribunal de Justiça).

⁴⁹ O instituto tinha pecha de antidemocrático, pois as decisões acerca da relevância ou não da questão eram proferidas em sessões secretas e eram desprovidas de motivação. Não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

As restrições são mais comuns, como se pôde perceber, em relação aos recursos ditos excepcionais: especial e extraordinário, voltados à uniformização da interpretação das leis federais e da Constituição, respectivamente. O sistema recursal foi idealizado de forma que esses recursos não teriam como finalidade principal a correção da decisão em relação ao caso concreto. Por isso, eles possuem âmbito devolutivo restrito (não reexaminam as provas)⁵⁰ e não possuem efeito suspensivo.⁵¹ Assim, restrições ao acesso a esses meios recursais sempre foram mais toleradas; muito embora, na realidade, essa separação das finalidades não ocorresse e não ocorra, já que ela só seria possível se o completo isolamento das questões de fato e de direito fosse sempre executável.⁵²

Além disso, essas restrições são mais necessárias no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, para os quais convergem recursos de todo o país. É natural, assim, que esses tribunais estejam mais propensos à sobrecarga que os demais.⁵³

Em todo o caso, o mecanismo de funcionamento dessas medidas seria de duas ordens: em primeiro lugar, simplesmente restringir o cabimento dos recursos e, dessa forma, reduzir o número de feitos julgados pelos tribunais; e em segundo lugar, desestimular a interposição de novos recursos sabidamente não cabíveis, num sentido “educativo”. Essa segunda forma de atuação é esperada especialmente das medidas relativas aos recursos aos tribunais superiores: acredita-se que a interposição consecutiva de recursos mal sucedidos ensine aos advogados que eles não devem ser

⁵⁰ Confirmado pelas súmulas 279 do Supremo Tribunal Federal (“para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”) e 7 do Superior Tribunal de Justiça (“a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”).

⁵¹ Artigo 542, § 2º, do Código de Processo Civil. O artigo 497 também afirma que os recursos extraordinário e especial não obstam a execução da sentença.

⁵² Como na maioria das vezes questões de direito e de fato se imiscuem, é difícil afirmar que os mencionados recursos somente são voltados à inteireza do ordenamento. O sistema foi idealizado dessa maneira, mas sem ultrapassar os limites da teoria (sobre a teoria não se verificar na prática: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*, p. 585; DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*, p. 256).

⁵³ Apesar de esses tribunais terem, teoricamente, uma competência restrita, por só apreciarem questões de direito, na verdade ela é muito ampla. Para os tribunais superiores convergem recursos das Justiças Estaduais e da Justiça Federal, da Justiça Trabalhista, Eleitoral e Militar.

interpostos. O êxito das duas formas será avaliado posteriormente – por ora, basta ressaltar que essas medidas somente buscam evitar a crise ou seus efeitos, tais como morosidade e inefetividade, a partir da segunda instância (ou seja, nos tribunais).

b) Modificações no procedimento

Algumas mudanças foram realizadas nos procedimentos para torná-los mais céleres e eficazes. Em alguns casos, elas foram feitas para simplificar os ritos processuais e reduzir formalidades, para que o procedimento se adequasse melhor ao direito material que procura instrumentalizar. Nesses casos, geralmente estabelece-se um procedimento diverso do ordinário. Em outros, mudanças foram realizadas no próprio procedimento ordinário, alterando aspectos formais.

Essa categoria, ressalte-se mais uma vez o que já foi anunciado para toda a presente classificação, não pretende ser exaustiva. Foram muitas as modificações realizadas nos procedimentos. Inclusive todas as medidas mencionadas nas outras quatro categorias também implicam alterações procedimentais – todas elas são modificações no procedimento. Essa categoria, portanto, é delimitada por eliminação: o que não se encaixa nas demais e tem como objetivo agilizar os processos será encaixado aqui.

Inicialmente, o procedimento sumário, espécie de procedimento comum, como o ordinário, e que não se baseia em cognição sumária (a cognição de verossimilhança não é suficiente) – portanto, é apenas formalmente sumário⁵⁴ –, foi estabelecido pelo CPC de 1939. Sendo sumarizado em sua forma, é procedimento de rito simplificado e com restrições à complexidade das provas a serem produzidas. Por isso, só é cabível em casos específicos, predeterminados pela lei. Em 1973, a redação foi levemente alterada pelo novo Código, mas sem mudanças substanciais. Em 2002, as hipóteses de cabimento foram elastecidas, pois um grande limitador foi flexibilizado. A Lei n.º 10.444 alterou o valor máximo das causas de vinte para sessenta salários mínimos.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 2: *processo de conhecimento*, p. 63.

Dessa forma, o campo de atuação desse procedimento “simplificado” aumentou em certa medida.

A ação monitória foi criada pela Lei n.º 9.079/1995, para ser usado pela parte que detivesse prova escrita de seu crédito e pretendesse obter quantia em dinheiro, coisa fungível ou bem móvel. Num procedimento simplificado (esse verdadeiramente especial), o juiz deveria de pronto mandar emitir mandado de pagamento ou entrega de coisa, para que o réu em até 15 dias o cumprisse para evitar pagar custas e honorários advocatícios. Ele também poderia apresentar embargos do demandado. O processo monitório foi elaborado para evitar os custos e a demora do procedimento comum em uma causa de relativa simplicidade.⁵⁵

Outra alternativa para a solução mais rápida, informal e barata das controvérsias surgiu com a Lei n.º 9.099/1995: os Juizados Especiais Cíveis. O procedimento estabelecido pela mencionada lei especial também não admite a produção de provas mais complexas e deve ser pautado por celeridade, economia processual, oralidade e simplicidade. A criação dos Juizados foi norteadada pela necessidade de promoção do acesso à justiça à população de baixa renda.⁵⁶

A Lei n.º 11.232/2005 acabou com a dualidade processo de conhecimento – processo de execução (dualidade necessária no caso das sentenças condenatórias), estabelecendo que o cumprimento da sentença se daria no mesmo processo, sem a necessidade da propositura da ação de execução.⁵⁷

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*, v. 5: procedimentos especiais, p. 157-169. Também em MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 165.

⁵⁶ Na prática, os Juizados encontram diversas dificuldades no cumprimento dessas finalidades (assim como todo o Judiciário brasileiro). Nesse sentido, ver Corrêa, Guilherme Augusto Bittencourt. *O papel do condutor do processo (juiz togado, juiz leigo e conciliador) no âmbito dos juizados especiais cíveis estaduais*. Dissertação de mestrado (PPGD-UFPR). Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/22022>>.

⁵⁷ O fim da dualidade processo de conhecimento – processo de execução simboliza o rompimento com uma perspectiva processual desvinculada com a efetividade da tutela do direito material. No passado, chegou-se afirmar que a execução não integrava a tutela jurisdicional, sendo mera atividade administrativa (o que demonstra total ausência de preocupação com a efetividade). Ver CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 14-15. Para uma explicação dessa dualidade, SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, p. 147-148. Entretanto, esse rompimento foi meramente simbólico, pois na

Cabe ainda mencionar duas alterações, que à época das reformas do CPC na década de 1990 foram consideradas as mais significativas:⁵⁸ a antecipação de tutela e a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (Lei n.º 8.952/1994). Posteriormente, ambas foram aperfeiçoadas pela Lei n.º 10.444/2002, que acrescentou a antecipação da parcela incontroversa do pedido e inclui o art. 461-A no Código.

As medidas pertencentes a essa categoria e aqui mencionadas poderiam ser totalmente independentes do diagnóstico de crise. Elas seriam benéficas ao aperfeiçoamento das técnicas processuais mesmo se a realidade fosse a de um Judiciário célere e eficaz. Mesmo um processo extremamente célere pode exigir a possibilidade da antecipação de tutela, porque mesmo a maior rapidez processual pode não coadunar com as necessidades urgentes das partes. Dado que no Brasil elas foram implementadas como parte da resolução do problema,⁵⁹ e não como adaptações processuais, foram arroladas aqui.

c) Alterações dos órgãos do Judiciário e de sua competência

Outra espécie de “solução natural” (no sentido de que é uma das primeiras que vêm à cabeça) ao problema é a criação de um outro órgão do Judiciário, que assuma parte da competência do órgão já atribulado. Uma variação dessa medida é uma nova repartição das competências entre os órgãos já existentes⁶⁰ – ambas já foram utilizadas mais de uma vez no Brasil.

prática não houve significativa alteração do procedimento e a morosidade permanece. Acredita-se que foi uma medida importante por seu significado teórico, mas não suficiente. A sentença condenatória ainda subsiste no sistema brasileiro: a ação que busca prestação pecuniária é regida pelo art. 475-J do Código de Processo Civil, que determina que o início da fase de cumprimento da sentença depende de manifestação da vontade do autor (como se fosse possível que ele tivesse pretensão somente à sentença condenatória e não ao recebimento do dinheiro) e está atrelada à execução por sub-rogação real, de maneira muito semelhante ao regime anterior. A previsão da imposição de multa caso o réu não cumpra a decisão voluntariamente não transformou essa decisão em executiva ou mandamental, visto que essa multa tem caráter penitencial e não coercitivo – afinal, o seu valor é invariável (dez por cento do valor da condenação) e ela não pode ser repetida. ARENHART, Sérgio Cruz. *Sentença condenatória para quê?*, p. 628-631.

⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 92-95.

⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do CPC*, p. 24-25 e 32.

⁶⁰ Um exemplo: a EC n.º 45 transferiu a competência para homologação de sentenças estrangeiras

A configuração do Judiciário durante o Império era relativamente simples, com juízes de primeiro grau,⁶¹ os tribunais da relação nas províncias e o Supremo Tribunal de Justiça.

O Decreto n.º 510 de 1890, já no período republicano, alterou o nome do tribunal de cúpula para Supremo Tribunal Federal e dividiu o Judiciário em federal e estadual, imitando o modelo de organização federativa dos Estados Unidos. O Decreto n.º 914 do mesmo ano estabeleceu competências legislativas diferenciadas e coube aos estados promulgar as leis sobre processo, disposição mantida pela segunda Constituição do país e só alterada pela Carta de 1934 (que devolveu essa competência à União). Foi mantida a separação entre federal e estadual, só que ambas as esferas passaram a aplicar o mesmo direito: o direito federal.⁶²

Em 1946, em meio a um Judiciário confuso, foi criado o Tribunal Federal de Recursos, que assumiu parte da competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ações de interesse da União ou de outra autoridade federal (preservando a competência da Justiça Militar e da Eleitoral). Juízes estaduais eram simultaneamente os órgãos de primeira instância da Justiça Estadual e da Justiça Federal, pois os juízes federais de primeiro grau só surgiram com o Ato Institucional n.º 2, de 1965.

A criação do Tribunal Federal de Recursos deveria ter desafogado o Supremo, mas isso não ocorreu. Relatos dos juristas da época indicam que a situação do Judiciário só havia se complicado após o Código de Processo Civil de 1939 e a criação do mencionado tribunal não havia melhorado as circunstâncias.⁶³ Havia previsão

⁶¹ Os juízes de primeiro grau, entretanto, dividiam-se em juízes cíveis e juízes municipais. A já mencionada Lei n.º 261, de 1841, e o Decreto n.º 143, de 1842, extinguíram os cargos dos primeiros e transferiram os feitos de sua competência para os juízes municipais. Isso ocorreu no processo civil, pois na esfera penal as duas espécies de magistrados continuaram existindo (o juiz de direito era “superior” ao juiz municipal).

⁶² Essa é a situação peculiar da Federação brasileira, já ressaltada há tempos: “A unidade do sistema jurídico brasileiro impossibilita dois sistemas jurisdicionais, um federal e outro estadual. Uma jurisdição estadual em sentido próprio, local, não há, tampouco existe uma jurisdição federal; *justiça federal* e *justiças estaduais* inexistem, separadamente, no nosso sistema federativo. Por agora, convém fixar que temos uma Federação simplesmente no plano administrativo e no legislativo, assim mesmo com caráter moderado. Não no plano judiciário” [grifos no original]. SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, p. 8.

⁶³ SALAZAR, Alcino. *Poder judiciário: bases para uma reorganização*, p. 194.

constitucional para a criação de vários outros tribunais federais, mas só se concretizaram cortes em São Paulo e em Pernambuco.

A Constituição de 1988 extinguiu os três tribunais e criou os Tribunais Regionais Federais e o Superior Tribunal de Justiça para assumir outra fatia da competência do Supremo, que passaria a ser responsável somente por zelar pela uniformidade na interpretação das regras constitucionais.

A medida havia sido proposta pela primeira vez em 1963, por José Afonso da Silva, que em uma de suas obras sugeriu a criação do “Tribunal Superior de Justiça”, com competência para julgar recursos que atacassem decisões contrárias a tratado ou lei federal que contestassem a validade de lei local em face de lei federal, ou que dessem à lei federal interpretação diversa da elaborada por qualquer outro Tribunal (ou seja, em caso de qualquer divergência interpretativa). O autor previa uma

reforma simples e de grande profundidade. Solucionará, indubitavelmente, a crise do Supremo, porque, no mínimo, sessenta ou setenta por cento dos feitos, em Recurso Extraordinário, são-lhe tirados da competência e distribuídos por dois outros órgãos [o Tribunal Superior de Justiça e o TST]; isto sem quebrar ou deturpar qualquer princípio processual ou jurisdicional.⁶⁴

Não é preciso anunciar que isso não ocorreu e que a crise não foi solucionada, mas vale analisar o impacto da criação do Superior Tribunal de Justiça no fluxo de processos no Supremo Tribunal Federal. Em 1988, foram protocolados 21.328 processo no Supremo, número reduzido para 14.721 no ano seguinte (o Superior Tribunal de Justiça começou a funcionar em abril de 1989). Entretanto, em 1992 foram protocolados 27.447 processos no tribunal de cúpula. Após uma redução significativa, em menos de cinco anos o número voltou a subir de forma ainda mais assustadora.

No Superior Tribunal de Justiça, em 1989, foram distribuídos 6.103 processos. Em 1990, esse número já tinha mais que dobrado (14.087 processos); e em 1992 superou os números do Supremo Tribunal Federal, com 33.872 processos distribuídos.

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, p. 456.

A quantidade de feitos continuou aumentando, até alcançar incríveis 347.426 no ano de 2009.⁶⁵

Na verdade, a criação de outro órgão para assumir parte da competência de um órgão sobrecarregado, além de já ter fracassado duas vezes no século XX, é uma medida paliativa, que não ataca a origem do mau funcionamento. É apenas uma forma de lidar com ele ou de minimizar suas consequências negativas. Infelizmente os benefícios obtidos com a adoção de medidas como essas tendem a ser temporários, pois se o problema continua crescendo, logo o novo órgão criado também se torna tão atribulado quanto o primeiro.⁶⁶

d) Valorização da jurisprudência como fonte do Direito

A valorização⁶⁷ é tida como sinal da aproximação, anunciada há algum tempo, entre os sistemas de *civil law* e *common law*.⁶⁸ Há inclusive quem afirme que essa aproximação é de mão dupla: não seriam apenas os sistemas de *civil law* que se

⁶⁵ Fonte: relatórios estatísticos do Superior Tribunal de Justiça, disponíveis na página do Tribunal na Internet. Ver anexos.

⁶⁶ Outra solução análoga à dessa categoria foi a criação do Conselho Nacional de Justiça, pela Reforma do Judiciário levada a cabo pela Emenda Constitucional n.º 45. Ela não foi acrescentada aqui porque se trata de um órgão externo ao Judiciário e criado não somente como solucionador da crise. Mas o CNJ desempenha papel importantíssimo no Judiciário atual e suas ações têm enorme impacto, como, por exemplo, as tomadas em exercício de seu poder regulamentar. É o caso do estabelecimento das metas (como a mencionada meta n.º 2). Sobre o poder regulamentar do CNJ e do Conselho Nacional do Ministério Público, ver CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luis. *Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público*, p. 3-6.

⁶⁷ Algumas medidas aparecerão pela segunda vez, pois são simultaneamente restrições ao cabimento de recursos e representantes da valorização da jurisprudência. Ressalte-se que qualquer medida inspirada em ordenamentos de outros países deve ser sempre tomada com cuidado, para evitar a supervalorização de modelos estrangeiros ou a síndrome de “a galinha da vizinha é sempre mais gorda que a minha”, nas palavras de Barbosa Moreira (*O futuro da justiça: alguns mitos*, p. 233).

⁶⁸ Nesse sentido, ver TARUFFO, Michele. *Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*, p. 141-158.

assemelham cada vez mais aos de *common law* (como é o caso do Brasil), mas também esses teriam sido visivelmente influenciados por aqueles.⁶⁹

O entendimento dos tribunais brasileiros começou a ser organizado com o início da edição das súmulas de jurisprudência dominante, em 1964. Elas permaneceram com eficácia meramente persuasiva, servindo apenas como indicativo a como os demais magistrados (de instâncias inferiores ou do mesmo tribunal) deveriam decidir.

O primeiro passo para uma maior importância dessas súmulas foi a já mencionada modificação do art. 557 do CPC pela Lei n.º 9.756/98 – os “poderes do relator”. O relator tem o poder de decidir, monocraticamente, pela improcedência de recurso que confronta súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou outro Tribunal superior, ou de julgar procedente recurso que ataque decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante dos mencionados Tribunais.⁷⁰

A eficácia *erga omnes* das decisões, incomum nos sistemas de *civil law*, também foi introduzida no Brasil. A Emenda Constitucional n.º 3, de 1993, atribuiu eficácia para todos e efeito vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ação declaratória de constitucionalidade. A Lei n.º 9.868/99 estendeu esses efeitos à ação direta de inconstitucionalidade, e a Lei n.º 9.882/99, à arguição de descumprimento de preceito fundamental. Com a Emenda Constitucional n.º 45, o efeito vinculante das decisões nas ações diretas de inconstitucionalidade foi consagrado na Constituição (art. 102, § 2º).

A mesma EC n.º 45/2004 inseriu o art. 103-A na Constituição, que criou as súmulas vinculantes, a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal. Tais súmulas divergem das súmulas de jurisprudência dominante por terem exposto poder vinculativo. Vinculam não só os demais órgãos do Poder Judiciário, que deverão adotar o entendimento previsto nas súmulas no julgamento dos casos concretos, como

⁶⁹ O fato de os precedentes já não serem tão rigorosos é apontado como evidência dessa semelhança (TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88*: (des) estruturando a justiça, p.108).

⁷⁰ Há quem veja evidências da aproximação entre os dois sistemas na Lei n.º 9.756/98, na EC n.º 45/2004 e na Lei n.º 11.276/2006. NUNES, Dierle José Coelho. *Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (Lei 11.277/2006)*, p. 179.

também a Administração Pública, direta e indireta, municipal, estadual e federal. Caso a súmula vinculante não seja respeitada, cabe reclamação ao Supremo Tribunal Federal.

A súmula impeditiva de recursos pode ser considerada mais um elemento que evidencia a valorização dos precedentes, pois estende os poderes dados ao relator para negar seguimento a um recurso que confronta o entendimento dos tribunais superiores ao juízes de primeiro grau – o tema, portanto, passa a integrar o primeiro juízo de admissibilidade das apelações, feito pelo órgão *a quo*.

A exigência de demonstração da repercussão geral do recurso extraordinário (incluída na Constituição pela EC n.º 45) também pode ser vista dessa maneira, já que uma vez decidida a presença ou ausência da repercussão, a todos os recursos versando sobre a mesma questão será dado idêntico tratamento: o relator pode, liminarmente, indeferir os feitos já tidos como desprovidos de repercussão geral (art. 543-A, § 5º, do CPC). Também os tribunais inferiores podem inadmiti-los, de acordo com o art. 543-B, § 2º. O instituto também estimula o respeito aos precedentes após o julgamento de um recurso extraordinário dotado de repercussão – se o recurso for desprovido no mérito, todos os que versarem sobre idêntica questão podem ser declarados prejudicados pelos tribunais inferiores. Se o recurso for provido, aos tribunais é dada a possibilidade de retratação (art. 543-B, § 3º).

A Lei n.º 11.277/2006 incluiu o art. 285-A no Código de Processo Civil, possibilitando a rejeição liminar de ações que afrontem decisões proferidas em casos idênticos. O juiz pode dispensar a citação e emitir sentença de improcedência do pedido se a matéria controvertida for unicamente de direito e já houver sido decidida reiteradamente pelo mesmo juízo (negando o pedido). O instituto também visa reduzir o congestionamento de processos baseando-se em decisões anteriores (e, portanto, também representa uma valorização da jurisprudência).⁷¹ Ressalte-se que é uma das

⁷¹ A jurisprudência tem admitido que a análise reiterada da questão pode ter sido realizada por tribunais superiores (e não somente pelo mesmo juízo), contanto que o juiz seja vinculado a tal tribunal (subordinado a ele). Como exemplo, EDcl no AgRg no Ag 1161425/RJ, do Superior Tribunal de Justiça.

poucas medidas que buscam atenuar a crise já no primeiro grau de jurisdição (a maioria procura desafogar somente os tribunais).

Por fim, resta mencionar o art. 543-C do CPC, incluído pela Lei n.º 11.672/2008, que prevê que sempre que um recurso especial for tido como repetitivo, todos aqueles idênticos a ele têm seu julgamento suspenso (no Superior Tribunal de Justiça ou tribunais inferiores). Após o julgamento do processo ou dos processos selecionados para amostragem, a todos será dado o mesmo tratamento, em moldes similares aos mencionados para a repercussão geral.⁷²

A valorização da fonte jurisprudencial do direito, porém, não teve como única função conferir mais celeridade e efetividade aos processos. Seus defensores apontam-na como forma de garantir segurança jurídica e a igualdade de todos perante a lei. Ainda assim, representa um meio de trazer mais celeridade, evitando que o Judiciário despenda recursos, sejam eles humanos ou financeiros, em casos que já foram julgados anteriormente. Além disso, confiam no mesmo mecanismo educativo já mencionado: espera-se que as partes, conhecendo já o tratamento dado pelos juízes a sua questão, evitem recorrer, ou, melhor ainda, busquem um acordo – preferencialmente antes da propositura da ação.

Em uma rápida análise das quatro categorias, pode-se chegar a algumas conclusões superficiais. Tanto a primeira – restrições ao cabimento dos recursos – quanto a quarta categoria – valorização da jurisprudência – confiam no efeito educativo para desestimular os agentes a proporem demandas ou interponem recursos infundados ou com baixa probabilidade de êxito. A terceira categoria, por outro lado, constitui mero paliativo, é mais uma forma de procurar lidar com as consequências do problema do que uma verdadeira tentativa de solucioná-lo. A segunda categoria, a de modificações no procedimento, revela uma série de medidas que seriam necessárias mesmo na ausência da crise, por livrarem o processo de formalismos desnecessários ou por muni-lo das ferramentas imprescindíveis para lidar com algumas situações

⁷² O regime de retenção dos recursos é aplicado aos recursos especiais e extraordinários. A retenção dos recursos extraordinários é disciplinada pelo art. 543-B, que também trata da repercussão geral, e a dos recursos especiais, pelo art. 543-C.

concretas. Elas foram úteis, mas ainda assim, insuficientes. Como o suposto estado de crise continua, obviamente nenhuma das medidas adotadas obteve sucesso. Assim, ao aceitar o diagnóstico “crise” (e, por ora, é o que se tem feito neste trabalho), é necessário admitir que até agora não se descobriu uma maneira de resolvê-la. Cabe, então, partir para um exame mais detalhado das razões do fracasso das investidas apresentadas.

3. Falhas comuns às tentativas

As quatro categorias de tentativas de solucionar a crise do Judiciário incorrem em duas espécies de erros. A primeira delas envolve a maneira como o comportamento das partes é encarado pelos doutrinadores e reformadores das leis processuais. A segunda espécie diz respeito a um problema lógico que geralmente passa despercebido.

a) Uso equivocado da teoria da escolha racional

Modelos clássicos de comportamento econômico partem do individualismo metodológico e da escolha racional para tentar prever as atitudes dos agentes. Representam a maneira tradicional de realização dessas previsões; e embora as medidas adotadas para a solução ou contenção da crise não se baseiem expressamente nesses modelos, eles são implicitamente utilizados.

De acordo com esses modelos, os indivíduos agem racionalmente, têm acesso a todas as informações de que necessitam para decidir e possuem preferências estáveis. Assume-se também que eles são capazes de fazer previsões sobre o futuro sem recair em preconceitos.⁷³ São baseados no princípio do “individualismo metodológico”, pois assumem que a ação humana individual é a unidade elementar de todas as formas de

⁷³ BLACK, Julia. *Empirical legal studies*, p.29. O artigo da autora é sobre o uso desses modelos para a prevenção do comportamento dos indivíduos na economia e em que medida eles são úteis ao direito, que procura regular esses comportamentos.

interação social: as instituições são vistas como resultado da ação e interação entre indivíduos.⁷⁴

A teoria da escolha racional também fundamenta esses modelos. Segundo ela, ao serem defrontados com vários cursos de ação, os agentes geralmente fazem o que acreditam que levará ao melhor resultado global.⁷⁵ Seria possível elaborar uma ordem de preferências dos indivíduos, que poderia ser convertida em uma função de utilidade – às várias opções são atribuídos números, de modo que as preferidas recebem números mais altos. Para isso, o agente deve ser capaz de comparar uma opção com a outra (preferir uma delas ou considerá-las igualmente boas) e suas preferências devem se manter estáveis e consistentes (se o agente prefere laranjas a maçãs e maçãs a peras, deve preferir laranjas a peras, conseqüentemente).⁷⁶ É por causa dessa função de utilidade que se diz que os indivíduos agem sempre de forma a maximizar a utilidade.

Aplicando essas ideias ao Processo Civil, pode-se chegar à conclusão de que cada parte tomará as melhores decisões com o objetivo de maximizar a utilidade do processo, no sentido de escolher sempre aquilo que mais atenderá aos seus desejos. Nesse aspecto já é possível encontrar uma falha grave na aplicação do modelo. Supõe-se que ambas as partes querem somente “ganhar”: o autor quer que o seu pedido seja tido como procedente, o réu quer exatamente o contrário. No caso de um processo com reconvenção, cada parte quer a procedência de seu pedido e a improcedência do pedido da parte contrária.

Nesse sentido, é correto esperar que uma parte só recorra de uma decisão com o objetivo de alterá-la em seu favor. Assim, se o recurso não tem chances de lhe trazer

⁷⁴ ELSTER, Jon. *Peças e engrenagens das ciências sociais*, p. 29.

⁷⁵ ELSTER, Jon. *Peças e engrenagens das ciências sociais*, p. 38 e p. 47. Na verdade, segundo a teoria, uma ação racional é o resultado de três decisões ótimas. Primeiramente, deve ser o melhor modo de realizar o desejo do indivíduo em questão, dadas suas crenças. Em segundo lugar, essas crenças devem ser ótimas, dadas as evidências disponíveis. Por último, a própria quantidade de evidências reunidas pelo agente deve ser ótima – nem demais, nem de menos. A teoria somente será aprofundada em relação aos desejos dos indivíduos, pois é a parte mais útil para a análise do comportamento das partes no processo civil.

⁷⁶ ELSTER, Jon. *Peças e engrenagens das ciências sociais*, p. 39.

esse resultado (a alteração da decisão) a parte não recorrerá. Em tese, cada uma faria a análise da probabilidade de êxito de seu recurso e decidiria de acordo.

É assim que as medidas deveriam funcionar – particularmente o efeito educativo esperado das restrições ao cabimento de recursos e da valorização da jurisprudência. As duas categorias deveriam ensinar aos agentes que alguns recursos e ações (no caso do art. 285-A) têm ínfimas chances de sucesso, e como eles são agentes racionais procurando maximizar a utilidade de seus atos no processo, iriam desistir.

O equívoco inicial está justamente no estabelecimento dos desejos e objetivos das partes, pois muitas vezes elas não querem “ganhar”. Ao contrário, têm certeza de que não podem ganhar e por isso querem retardar ao máximo o momento de perder. Seu objetivo principal é, nesse caso, tornar o processo o mais moroso possível.⁷⁷ Nenhuma das quatro categorias apresentadas considera realmente essa possibilidade, apesar de ela ser notória: todos sabem que muitos litigantes se comportam dessa maneira, mas a hipótese é totalmente ignorada no momento da elaboração e propositura das soluções.

Se a parte busca somente atrasar o andamento do processo ao interpor um recurso (ou o cumprimento de uma obrigação mediante a propositura de uma ação, por exemplo), a probabilidade de êxito da medida, no sentido de alterar a decisão impugnada, é absolutamente irrelevante. O que interessa para o alcance do verdadeiro objetivo é a probabilidade do ato realizado tornar o processo ainda mais moroso do que já é naturalmente. As tentativas de solução que confiam no efeito educativo erram ao estabelecer somente um objetivo para todas as partes, em todos os processos. A simplificação artificial de uma realidade complexa torna essas medidas fadadas ao fracasso.

Na verdade, é impossível elaborar uma ordem de preferências como a exigida pela teoria, simplesmente porque as preferências dos indivíduos no mundo real nem

⁷⁷ No Brasil é fato notório que o maior litigante (e o pior pagador) é o Estado e ele frequentemente se comporta dessa maneira. Os advogados públicos (seja na esfera federal, estadual ou municipal) são instruídos (e até mesmo ordenados) para sempre recorrer. Obviamente esse comando independe da probabilidade de sucesso do recurso, pois o que interessa é atrasar o momento de cumprimento das decisões ao máximo.

sempre são consistentes (João pode preferir maçãs a laranjas e laranjas a peras mas ainda assim querer comer uma pera ao invés de uma maçã) e quase nunca são estáveis (as pessoas mudam de ideia). Isso é válido para muitas aplicações da teoria da escolha racional, e especificamente no caso do processo. Uma parte pode iniciar o processo querendo “ganhar”, mas após a decisão em primeiro grau de jurisdição, perceber a baixíssima probabilidade de isso ocorrer e alterar seu objetivo para o de prolongar ao máximo a duração do processo. Nesse caso, as preferências não foram estáveis, mas elas tampouco são necessariamente consistentes.

Neste terreno os artigos dos códigos são necessariamente mudos: o legislador inocente não calculou a que sutis virtuosismos podem se prestar em cada caso, na tática dos litigantes, o emprego indireto de certos institutos, nem suspeitou que eles podem ser utilizados como meios de estímulo ou de freio, orientados a fins que vão muito além dos queridos ou previstos pela lei.⁷⁸

Como se pode perceber, a aplicação da teoria da escolha racional em seus moldes tradicionais ao processo civil já encontra dificuldades; e os moldes tradicionais dessa teoria são extremamente criticáveis. Mesmo autores que são adeptos dessa teoria e que, portanto, defendem que as pessoas são racionais, orientam-se por objetivos e escolhem meios ótimos para alcançá-los, vão além das concepções clássicas.⁷⁹

Adotando o ponto de vista dos críticos dessa teoria, que parece ser o mais correto e preciso por considerar uma realidade muito mais complexa, as falhas da

⁷⁸ Tradução livre de: “*En este terreno los artículos de los códigos son necesariamente mudos: el legislador inocente no ha calculado a qué sutiles virtuosismos pueda prestarse en cada caso, en la táctica de los litigantes, el empleo indirecto de ciertos institutos, ni ha sospechado siquiera que puedan ellos ser utilizados como medios de estímulo o de freno, orientados a fines que van mucho más allá de los queridos o previstos por la ley.*” CALAMANDREI, Piero. *El proceso como juego*, p. 271.

⁷⁹ Alguns autores pretendem justificar, por exemplo, a existência de escolhas subótimas, que só são consideradas como tais porque o observador analisa somente um jogo e não toda a rede de jogos da qual o agente participa. Assim, uma escolha aparentemente subótima pode ser, na verdade, ótima em relação a toda a rede. Isso explicaria as vantagens de prolongar ao máximo a duração do processo, que aparentemente é uma escolha subótima, já que a parte deverá pagar ao final uma quantia ainda maior (pelos juros e correção monetária). Mas essa escolha só parece subótima para um único jogo (o processo), e a parte sempre está envolvida em uma série deles. A morosidade pode, inclusive, ser financeiramente vantajosa por questões atinentes ao mercado financeiro e investimentos. Sobre esses “jogos ocultos”, ver TSEBELIS, George. *Jogos ocultos*, p. 18-25 e p. 33-56 (para uma defesa da teoria da escolha racional).

escolha racional são postas em destaque. Inicialmente, pode-se questionar o acesso às informações necessárias para realizar uma escolha ótima, não apenas no sentido óbvio (como no caso do processo, em que as partes podem não conhecer as chances de êxito de um recurso pela ausência de estatística judiciária precisa no Brasil), mas num sentido mais profundo.

Quando as pessoas pensam sobre um problema e procuram resolvê-lo ou tentam tomar uma decisão, elas refletem com base em simplificações da realidade, que são muito úteis e geralmente suficientes para fornecer as informações necessárias à tomada de decisões. Todavia, elas estão sujeitas a erros causados justamente pelo processo de simplificação: preconceitos, heurísticas e crenças equivocadas.

Os erros muitas vezes são sistemáticos e repetitivos, e por isso uma série de preconceitos é listada pelos estudiosos, mas alguns são mais interessantes para avaliar a tomada de decisões das partes no processo civil. Um deles é o preconceito otimista (*optimistic bias* ou *disaster myopia*): as pessoas tendem a pensar que um risco é mais provável de ser verificado para outros do que para elas mesmas. Esse otimismo exacerbado explica os casos em que, mesmo conhecendo a alta probabilidade do fracasso de uma ação ou recurso, a parte insiste na prática do ato. Nessa hipótese, ela não faz isso porque a morosidade traria vantagens, mas porque crê que o *seu* ato obterá os efeitos desejados, contrariando as probabilidades.⁸⁰

O preconceito do *status quo* (*status quo bias*) faz com que os agentes se apeguem ao estado atual das coisas e exijam fortes justificativas para sair dele. Assim, o réu que recebe uma decisão alterando o *status quo* tende a não aceitá-la de pronto e a exigir confirmação em outras instâncias.⁸¹

Outro fator que pode determinar a interposição de um recurso com baixas chances de sucesso é a simples irresignação diante de uma decisão desfavorável. Mencionada por diversos processualistas, é considerada resposta natural do ser

⁸⁰ BLACK, Julia. *Empirical legal studies*, p. 31; SUNSTEIN, Cass R. *Introduction*, p. 4.

⁸¹ SUNSTEIN, Cass R. *Introduction*, p. 4; BLACK, Julia. *Empirical legal studies*, p. 32-33.

humano⁸² perante um pronunciamento que lhe trará algum prejuízo: ele dificilmente será aceito pacificamente. A indignação geralmente é um produto mais intuitivo que racional, caracterizada por emoções intensas e difíceis de justificar.⁸³ Como outras reações intuitivas, muitas vezes é incoerente: a provável inutilidade do ato provocado pela indignação não exerce qualquer influência no agente. Se ideias racionais entram em jogo após a decisão influenciada pela emoção, muitas vezes elas surgem somente para tentar justificar racionalmente o que já está decidido (no caso, que o recurso será interposto).⁸⁴

Embora isso não seja explícito, as soluções “educativas” da crise do Judiciário pressupõem que as decisões das partes sejam tomadas de acordo com a teoria da escolha racional. Mas a aplicação dessa teoria ao processo encontra diversos obstáculos, além das dificuldades e limitações da própria teoria considerada isoladamente. A escolha racional é uma simplificação dos processos decisórios humanos que parece artificial à realidade processual. Ao considerar uma realidade mais complexa, em que os sujeitos têm preconceitos, cometem erros, tomam decisões subótimas, certamente surgem novos problemas. Os exemplos aqui mencionados apenas demonstram alguns fatores que podem levar a decisões aparentemente irracionais dos litigantes em relação ao processo.

Além disso, algumas previsões dos modelos tradicionais simplesmente estão erradas,⁸⁵ e se grande parte das medidas adotadas para corrigir o funcionamento do Judiciário baseiam-se nessas previsões, elas estão fadadas ao fracasso. É importante considerar a possibilidade de um grande equívoco, para que se possa parar de insistir no erro e trabalhar para a elaboração de uma solução mais adequada – ou ao menos, diferente. Medidas que exigem que todos os agentes se comportem da mesma maneira

⁸² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Teoria geral do processo civil*, p. 278; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 2: *processo de conhecimento*, p. 509; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*, p. 21.

⁸³ KAHNEMAN, Daniel; SUNSTEIN, Cass R. *Indignation: psychology, politics, law*, p. 2, 6 e 20.

⁸⁴ KAHNEMAN, Daniel; SUNSTEIN, Cass R. *Indignation: psychology, politics, law*, p. 6 e 20.

⁸⁵ JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *A behavioral approach to law and economics*, p. 50.

(racional) para funcionar não são aptas a resolver a “crise” ou modificar a realidade do Judiciário brasileiro.

b) Para onde vai o trabalho?

As tentativas de solucionar as mazelas do Judiciário são, em sua grande maioria, voltadas ao acúmulo de trabalho nos tribunais. Com exceção das modificações no procedimento e da improcedência liminar do pedido em ações repetidas (art. 285-A), a atenção está voltada ao segundo grau de jurisdição. Naturalmente, o volume de processos aumenta devido ao afunilamento: no caso da justiça estadual, recursos de decisões proferidas por juízes de todo o Estado dirigem-se a um só tribunal (o mesmo vale para os tribunais regionais federais). Em relação ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, a situação se agrava, pois são recursos provenientes dos tribunais de todo o país, de justiça estadual e federal, além dos casos de competência originárias desses tribunais superiores. Dessa forma, os números são mais alarmantes em relação a esses órgãos do Judiciário e sua condição aparenta ser mais crítica.

Alguns aspectos desse afunilamento não podem ser evitados, a não ser que sejam criados infinitos tribunais em todo o país, e mesmo assim, enquanto houver um órgão de cúpula, haverá algum “efeito funil”. Portanto, natural que mais mecanismos de contenção sejam adotados em relação aos tribunais. Todavia, o problema do Judiciário é generalizado, pois a morosidade existe desde o primeiro grau, e a inefetividade se dá geralmente perante esses magistrados, durante a execução ou cumprimento de sentença.

Assim, o tratamento da crise, no Brasil, se dá especialmente nas cortes, mas embora isso seja de certa forma adequado, não é suficiente. Porém ainda há um problema além da insuficiência, e ele diz respeito ao funcionamento das medidas adotadas em relação aos próprios tribunais.

Primeiramente em relação aos mecanismos de contenção do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que procuram evitar que os processos idênticos cheguem a essas cortes, estabelecendo que eles devem receber o mesmo tratamento

dado a um ou alguns casos-paradigma no passado. Tanto a repercussão geral quanto o julgamento de recursos repetitivos funcionam dessa maneira. Ambos os tribunais decidem alguns casos que lhes foram enviados por amostragem, e o seu julgamento deverá ser repetido em todo o país. Os tribunais de origem dos recursos devem retê-los até que os casos-paradigma sejam julgados e depois devem impedir seu seguimento, se os tribunais superiores decidirem pelo improvimento. Se os recursos julgados foram providos, os órgãos *a quo* podem se retratar e alterar suas decisões.

Considerando o que foi explanado acerca da teoria da escolha racional e admitindo que geralmente o recurso é interposto independentemente de suas chances de êxito, esses pronunciamentos do tribunais superiores não terão qualquer efeito sobre as intenções das partes e seus advogados em relação aos recursos. Portanto, o número de feitos protocolados tende a não diminuir – ao menos, não em termos significativos. O efeito “educativo” dessas medidas não traz os resultados desejados.

O que esses mecanismos conseguem fazer, ao menos inicialmente, é impedir que esse fluxo enorme de processos muito similares alcancem o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Mas esses processos não desaparecem magicamente: só há um deslocamento de trabalho, pois algum órgão do Judiciário precisa julgá-los. Se existe a possibilidade legal de recorrer e a parte recorre, seu recurso precisa ser analisado (nem que o seja somente por um estagiário).

O grande número de recursos dirigidos aos tribunais superiores ainda haverão de ser examinados – mesmo aqueles cuja repercussão geral já foi negada (ou foi admitida e trouxe o julgamento do caso) ou que foram julgados como ações repetidas – só não serão examinados pelos tribunais superiores aos quais se dirigem. Os tribunais de segundo grau de jurisdição ainda terão que examinar os recursos e lhes negar seguimento.

O mesmo acontece em relação ao juiz de primeiro grau com a súmula impeditiva de recursos, que traz ao juiz de primeiro grau um trabalho que já é do relator. O instituto visa obstar o seguimento das apelações que pretendem somente repisar entendimentos sumulados pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo

Tribunal Federal, mas ele só impede (ao menos inicialmente) que essas apelações alcancem os tribunais: o magistrado da primeira instância ainda tem que analisá-las.

Medidas que restringem o cabimento dos recursos ordinariamente terão este efeito: não irão reduzir o número dos recursos em absoluto, somente irão empurrar o trabalho de julgá-lo para a instância imediatamente inferior. O mesmo ocorre, por exemplo, com as súmulas vinculantes, que não impedem a propositura de ações que as contrariem.⁸⁶

Existe ainda um segundo problema com esses mecanismos. Os reformadores se esquecem que cada novo instituto criado gera novas decisões recorríveis, cada nova restrição ao cabimento de um recurso pode gerar mais um recurso visando à reforma da decisão que não o admitiu.⁸⁷ Assim, a decisão que nega seguimento à apelação que intenta repisar o entendimento sumulado dos tribunais superiores é recorrível via agravo de instrumento. Esse agravo será examinado pelo relator, que poderá negar seu provimento. Dessa decisão, por sua vez, cabe agravo interno. A sucessão de recursos cabíveis é uma característica do sistema processual civil brasileiro: “os litigantes tentarão, sempre e inevitavelmente, arrombar as portas que lhes forem indevidamente cerradas e conseguirão abri-las com a compreensão dos próprios juízes”.⁸⁸

Os incidentes e as novas decisões causados pelos novos institutos também aumentam a carga de trabalho do Judiciário e podem gerar efeito diametralmente oposto ao pretendido: propiciar à parte que deseja prolongar a duração do processo mais meios para fazê-lo.

⁸⁶ Se elas funcionarem em relação ao Legislativo e, especialmente, ao Executivo, que também devem observar o disposto nas súmulas, ao menos serão reduzidas as ações que seriam propostas contra órgãos desses dois poderes.

⁸⁷ Um ponto positivo do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil é que isso foi reconhecido. Na exposição de motivos isso fica claro, pois, ao explicar que foi suprimido o juízo de admissibilidade da apelação realizado no primeiro grau, defende-se que “com isso, suprime-se um novo foco desnecessário de recorribilidade”. Intrigantes são os motivos pelos quais essa constatação não foi estendida a outros institutos.

⁸⁸ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Demasiados recursos?*, p. 22. Nesse artigo, o autor se declara contrário a qualquer meio de supressão da possibilidade de recorrer e defende que a verdadeira solução para a morosidade está em acelerar a máquina judiciária, incrementando seus recursos. É a mesma solução apontada por Ovídio Baptista da Silva (*Da função à estrutura*, p. 11-13).

Pode-se perceber que grande parte do tratamento dado à “crise” é voltado, portanto, a reduzir a carga de trabalho dos tribunais, que é naturalmente maior, e dá pouca atenção ao acúmulo de processos já em primeiro grau de jurisdição. Entretanto, o trabalho que não chega aos tribunais não desaparece num passe de mágica e terá que ser absorvido pela instância imediatamente inferior. Além disso, esses mecanismos podem ter (e muitas vezes têm) o efeito pernicioso de aumentar o número de recursos possíveis.

4. Aspectos encobertos pelo diagnóstico

Ainda dentro da proposta deste capítulo, que é a de analisar a situação do Judiciário a partir do diagnóstico de crise, sem ainda refutá-lo, é preciso esclarecer alguns aspectos que são encobertos por ele.

A ideia de crise acaba por ocultar algumas feições da situação do Poder Judiciário, feições essas que não deveriam ser ignoradas. Serão destacadas três delas: a) o verdadeiro efeito das medidas até agora adotadas; b) a deficiência de recursos financeiros e humanos; e c) o funcionamento do sistema de acordo com o planejado. A consideração desses aspectos é essencial para a compreensão dos problemas das prestações jurisdicionais em geral.

a) O verdadeiro efeito das medidas adotadas

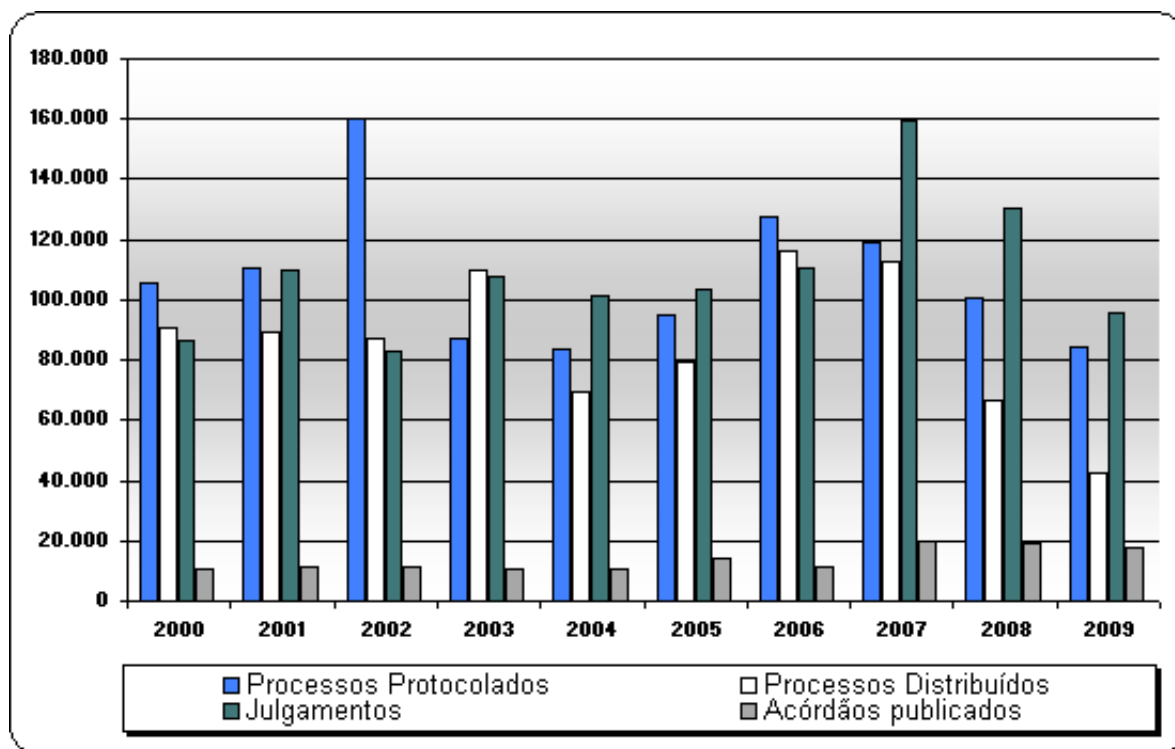
Boa parte dos estudiosos acredita no sucesso das medidas até então adotadas pelos reformadores.⁸⁹ Isso é perfeitamente compreensível se a análise é realizada dentro daqueles níveis iniciais da teoria da escolha racional, apenas considerando que as partes agirão racionalmente, tomando decisões no processo para maximizar a sua

⁸⁹ O ministro Gilmar Mendes declarou, ao deixar a presidência do Supremo Tribunal Federal, que “podemos avançar mais, mas já saímos daquela crise numérica, com volume de milhares de casos atrasados”. RODRIGUES, Fernando. Entrevista – Gilmar Mendes. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2203201013.htm>>. Difícil comprovar essa afirmação, já que o relatório do CNJ acerca do cumprimento da meta n.º 2 omite os dados sobre o progresso do Supremo. Ver anexos.

utilidade. Se a situação é encarada dessa forma, é natural esperar que a crise seja paulatinamente solucionada. Espera-se que, se os resultados ainda não são visíveis e aferíveis, logo o serão.

Entretanto, a análise dos poucos dados estatísticos disponíveis demonstra justamente o contrário. Mesmo assim, há uma certa hesitação em aceitar o fracasso das reformas realizadas.

Um dos gráficos que já foi analisado em uma das revistas científicas de maior prestígio no país⁹⁰ está disponível na página do Supremo Tribunal Federal na Internet:



⁹⁰ Revista de Processo n. 78, de 2009. No caso, o gráfico foi analisado até 2008.

O gráfico, de acordo com essa análise, demonstra considerável diminuição dos recursos protocolados e distribuídos no Supremo Tribunal Federal no ano de 2008. De fato, em 2007 foram protocolados 119.324 processos e em 2008, 100.781. Em 2006, ano em que a demonstração da repercussão geral passou a ser exigida dos feitos julgados pelo Supremo, o número era ainda maior (127.535). Seguindo essa linha de raciocínio,

tanto as leis, como as decisões judiciais, servem como incentivos para estimular ou desestimular os indivíduos a determinadas práticas, fazendo-os computar os custos e/ou valores esperados de suas alternativas de comportamento, sem que com isso haja a necessidade de ser cerceada, arbitrariamente, a liberdade dos agentes.⁹¹

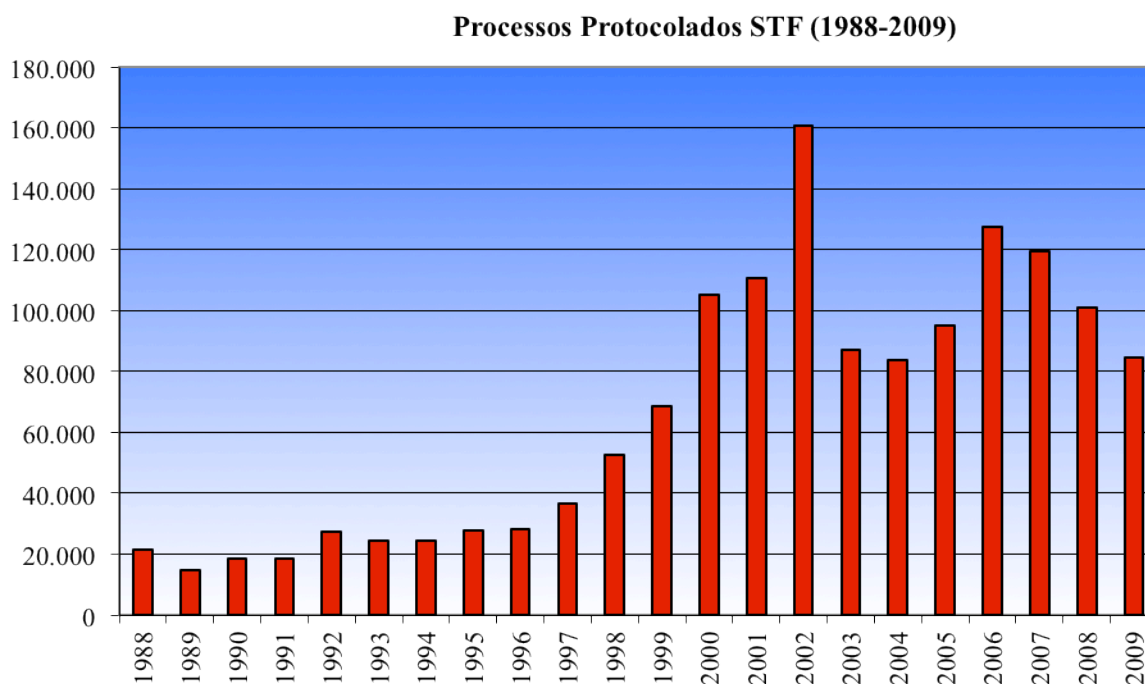
Mas é interessante observar um outro período, demonstrado no mesmo gráfico: de 2002 a 2004. É mais fácil fazê-lo se colocamos os dados que realmente importam para essa análise em outro gráfico: o número de processos protocolados, que demonstra a eficácia das medidas na redução dos recursos em absoluto, ou o seu efeito “educativo”. O número de processos distribuídos não é tão relevante, porque entram em ação não só as medidas aqui mencionadas para a contenção dos recursos, mas também os formalismos inventados pelos tribunais (como a rejeição dos recursos interpostos antes do início da contagem do prazo, tidos como intempestivos⁹²). O número de julgamentos e acórdãos é ainda mais irrelevante, pois demonstra a eficiência de um tribunal marcado pela já mencionada “justiça de gabinete”. Não há porque festejar o aumento do número de feitos julgados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, pois isso só demonstra que foram contratados mais assessores, auxiliares e estagiários.⁹³

⁹¹ TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da law and economics*, p. 176.

⁹² “A extemporaneidade do recurso ocorre não apenas quando é interposto além do prazo legal, mas também quando vem à luz aquém do termo inicial da existência jurídica do decisório alvejado”, do EDcl no REsp 210.522/MS, do Superior Tribunal de Justiça. Ver também EDcl no AgRg no Ag 913.194/RJ e EDcl no AgRg no Ag 858.185/RS, do mesmo tribunal.

⁹³ E não que os ministros adquiriram a capacidade sobre-humana de julgar mais de mil feitos por mês, conforme demonstrado anteriormente.

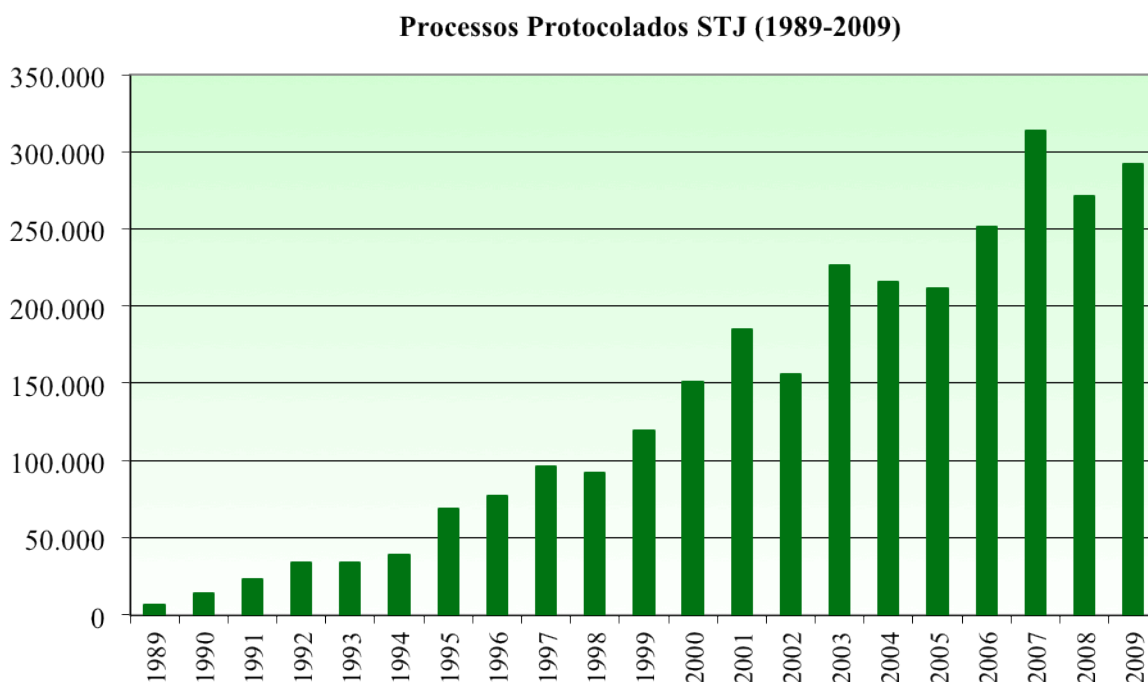
Cruciais, portanto, são os dados que indicam quantos processos foram protocolados no Supremo Tribunal Federal, em um período um pouco maior que o gráfico anterior (de 1988 a 2009):



Em 2002, houve o recorde de processos protocolados no Supremo desde 1940: 160.453. E em 2003, a maior redução desse número no mesmo período: 87.186 feitos, quase a metade do ano anterior. A diminuição foi menor que a que se deu quando o Superior Tribunal de Justiça foi criado e muito maior do que a causada pela exigência de demonstração da repercussão geral. Note que o número de 2009 (84.369), o menor dos últimos anos, é muito próximo ao de 2003 e ainda maior que o de 2004 (83.667).

A maior redução não foi causada pela implementação de mecanismos de contenção, ela se deu aleatoriamente entre 2002 e 2004. A partir dessa constatação, a eficácia desses mecanismos não parece mais tão evidente.

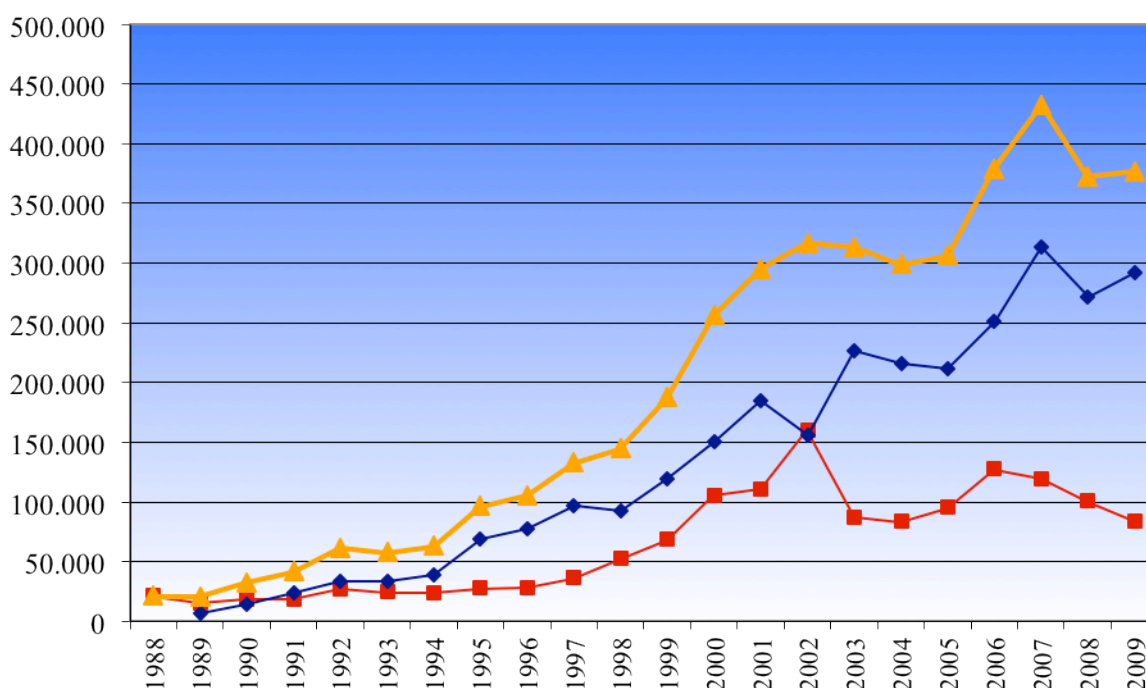
Em relação ao Superior Tribunal de Justiça, o progresso das medidas não parece melhor.



O gráfico mostra o número de processos protocolados no Superior Tribunal de Justiça desde a sua fundação, em 1989. O julgamento de processos repetitivos nesse tribunal começou em 2008 e, surpreendentemente, entre 2008 e 2009 o número de feitos protocolados aumentou – o que não significa, para não incorrer em simplificação artificial e num erro similar ao que está sendo criticado, que a adoção do instituto provocou o aumento.

Comparando os dados dos dois tribunais, obtém-se o seguinte gráfico:

Processos Protocolados Supremo Tribunal Federal X Superior Tribunal de Justiça (1988-2009)



Em vermelho estão os números do Supremo Tribunal Federal, em azul, os do Superior Tribunal de Justiça e em amarelo, o número total de processos protocolados nos dois tribunais superiores. O mais interessante é que o aumento exagerado que ocorreu no Supremo em 2002 coincidiu com a queda mais abrupta de toda a história do Superior Tribunal de Justiça (no Supremo, mais de 160 mil processos, enquanto no Superior Tribunal de Justiça houve uma queda de 30 mil processos, para o número de aproximadamente 155 mil). E a redução mais significativa do número de feitos ocorrida no tribunal de cúpula – em 2003 – calhou com um aumento no número do STJ: no primeiro, os processos foram reduzidos quase à metade (para 87 mil), enquanto no segundo o valor subiu para mais de 225 mil. O mais marcante é que o número total não parou de crescer: a única grande redução ocorreu de 2007 para 2008, mas em 2009 já voltou a crescer.

A estranha variação dos números remete à aleatoriedade. As pessoas geralmente têm grande dificuldade em aceitar e compreender noções de aleatoriedade, pois tendem a procurar padrões. No caso do acúmulo de processos demonstrado nas últimas páginas, essa tendência pode levar ao estabelecimento de um padrão absolutamente equivocado, simplesmente porque não há padrão algum.⁹⁴ Como a ação humana pode ser imprevisível e irracional, o crescimento ou a diminuição dos processos tem grande probabilidade de ser aleatório.

Não há, assim, comprovação da eficácia das medidas adotadas. O que se pode perceber, ao contrário, é uma certa insistência no erro: muitas delas são similares a tentativas do passado e que já fracassaram antes, como a criação do Superior Tribunal de Justiça, análogo ao surgimento do Tribunal Federal de Recursos; a repercussão geral, parecida com a arguição de relevância; a súmula impeditiva de recursos, que somente estendeu ao juiz de primeiro grau uma hipótese de negar seguimento à apelação que já era considerada pelo relator; maiores ou menores restrições ao cabimento dos agravos (como meios impugnação das decisões interlocutórias). Não há muita criatividade na elaboração de novos institutos – a maioria deles se parece com algo que já foi tentado.

Não há como afirmar que as medidas causaram uma redução no tempo do processo ou que tenham incrementado sua efetividade, mas nem que não houve qualquer alteração nesses aspectos, pela ausência de dados precisos. O que é constatável é que a taxa de congestionamento (já mencionada) permanece constante desde 2004.⁹⁵

O primeiro aspecto mascarado pelo diagnóstico de crise e pelas tentativas de solucioná-la é, portanto, a dificuldade em interpretar os poucos dados que temos disponíveis e o fracasso (se não certo, ao menos provável) dessas medidas.

⁹⁴ ELSTER, Jon. *Peças e engrenagens das ciências sociais*, p. 57.

⁹⁵ Em 71%, como já apontado. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009*, p. 178.

b) Carência de recursos humanos e financeiros

Em segundo lugar, a ideia de crise e as reformas legislativas que foram feitas para corrigi-la levam à impressão de que essa espécie de atitude é a melhor solução: o melhor tratamento seria alterar as leis, mudar o Código de Processo Civil, emendar a Constituição. Espera-se, assim, por uma modificação miraculosa das regras, que seja a chave para resolver o mau funcionamento do Judiciário.

Não que leis processuais mais adequadas e inteligentes não sejam necessárias. Elas não só o são como seu aperfeiçoamento deve ser constante. Mas apenas isso não trará a solução esperada. Só se quer colocar um ponto final na obsessiva procura por uma fórmula mágica que resolva absolutamente tudo.⁹⁶

Essa ênfase nas questões legais (como se todo o problema fosse causado por leis ruins) oculta a situação de falta de recursos humanos e financeiros em todo o terceiro poder.⁹⁷ Não existem juízes suficientes, e o investimento de cada Estado na área é desprezível se comparado ao PIB (média de 0,67%). O Estado brasileiro que mais investe, na proporção de seu PIB, é o Amapá, com míseros 1,97%. O Paraná é o que menos investe nessa proporção, com 0,41% do PIB.⁹⁸

O investimento total no Judiciário brasileiro no ano de 2009 foi da ordem de 37,3 bilhões de reais. Os Estados Unidos, em 2006, investiram 46 bilhões de dólares na área, aproximadamente 82 bilhões de reais: ou seja, *mais que o dobro*.⁹⁹ Almejar que um setor estatal tenha ótimo desempenho sem investimentos adequados é esperar um milagre. Esses, inclusive, já foram menores. Hoje a carreira de magistrado traz uma remuneração mais adequada, mas no passado ela era tão insuficiente que “até mesmo o magistério parecia uma carreira mais atraente”.¹⁰⁰

⁹⁶ O autor ainda usa a palavra “abracadabra” para se referir a tal fórmula mágica. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*, p. 232.

⁹⁷ Mesmo os autores que mencionam esse problema colocam-no como um fator menos importante, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*, p. 105-110.

⁹⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009*, p. 118 (gráfico 4.1).

⁹⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009*, p. 176.

¹⁰⁰ Isso também revela a pouca consideração que se dá ao trabalho do professor. SALAZAR, Alcino. *Poder judiciário: bases para uma reorganização*, p. 158-159.

A proporção de juízes por habitante também é ínfima: a média brasileira, na Justiça Estadual, é de 5,9 juízes para cada 100 mil habitantes. No Paraná, são 5,8 magistrados por 100 mil pessoas.¹⁰¹ O Relatório Anual do Conselho Nacional de Justiça compara a proporção brasileira, de aproximadamente seis magistrados, com as proporções de outros países e afirma que o Brasil está “ligeiramente abaixo da média”. Incrível é o uso do “ligeiramente” para descrever a situação, pois logo em seguida o relatório menciona os outros valores: 10,1 na Espanha, 11 na Itália, 11,9 na França e 17,4 em Portugal (juízes por 100 mil habitantes).¹⁰² Se o país dispõe mais ou menos a metade do número de juízes (considerados proporcionalmente à população) dos países mencionados pelo CNJ, ele não está “ligeiramente abaixo”, está *muito* abaixo da média.

A mesma comparação pode ser feita em relação a um país mais conhecido pela eficiência de seu Poder Judiciário, como a Alemanha (já que os países selecionados pelo CNJ não possuem essa fama). São 20.101 juízes,¹⁰³ contrastando com os 16.108 magistrados brasileiros.¹⁰⁴ Entretanto, a população alemã é de 81.802.300 pessoas,¹⁰⁵ o que gera a proporção de 24,57 magistrados para cada 100 mil habitantes. Proporcionalmente, a Alemanha tem *quatro vezes mais* julgadores que o Brasil.

A falta de recursos também é evidenciada pelo fato de a média nacional de computadores por usuário, na Justiça Estadual, ser menor que um. Para chegar a esse valor, foram considerados como usuários os magistrados, os assessores, funcionários em geral e estagiários, e como equipamentos de informática, todos os

¹⁰¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009*, p. 134 (gráfico 4.9).

¹⁰² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009*, p. 176.

¹⁰³ O dado é do órgão oficial de estatísticas na Alemanha. Disponível em: <<http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Rechtspflege/GerichtePersonal/Tabellen/Content50/PersonalBund,templateId=renderPrint.psml>>.

¹⁰⁴ Inclui magistrados da Justiça Estadual, Federal e do Trabalho. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009*, p. 184.

¹⁰⁵ Do mesmo órgão oficial. Disponível em: <<http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Navigation/Statistiken/Bevoelkerung/Bevoelkerungsstand/Bevoelkerungsstand.psml>>.

microcomputadores e *notebooks* disponíveis para uso. No Paraná, são 0,91 computadores por pessoa.¹⁰⁶

O caso do Judiciário paranaense, considerado de médio porte pelo CNJ, exemplifica como esse poder não acompanha o crescimento do número de demandas. Em 1978, havia dezoito varas cíveis em Curitiba.¹⁰⁷ O Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Paraná (Lei n.º 7.297/1980) previa em seu art. 210 essas dezoito varas. A Lei n.º 8.623/1987 alterou o mencionado artigo para tratar de 21 varas. Esse número foi modificado para 27 varas cíveis em 1998 (Lei n.º 12.359). Atualmente, existem 22 varas cíveis na cidade. Além da lentidão na instalação das novas varas, o crescimento do terceiro poder foi desproporcional em relação à população do município, que praticamente dobrou: em 1978, eram 923.629 habitantes,¹⁰⁸ em 2010, são 1.746.896.¹⁰⁹

Na verdade, existem três fatores essenciais para um processo eficiente. O menos importante deles é uma disciplina legislativa processual adequada à demanda de justiça oriunda da sociedade civil. O segundo fator é justamente uma quantia ótima de recursos humanos e materiais para aplicar essas leis processuais. Desde a década de 1990, na Itália, a discussão acerca da eficiência da justiça tem encontrado seu foco nesse segundo aspecto, ao contrário do que ocorre no Brasil. O terceiro fator determinante, tido como o mais relevante, é cultural e se reflete na qualidade, tanto da oferta do serviço justiça como da demanda. Boas leis e recursos adequados não servem para nada sem a competência dos agentes que devem trabalhar com eles: advogados,

¹⁰⁶ Esse dado não foi pesquisado novamente em 2009, portanto as informações são de 2008. Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2008* (disponível na página do CNJ na Internet – ver anexos) - Gráfico 12 (Número de computadores por usuário).

¹⁰⁷ HISTÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO DO PARANÁ, p. 50.

¹⁰⁸ Fonte: Curitiba em dados, na página da Internet do IPPUC – Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano de Curitiba. Disponível em: <<http://www.ippuc.org.br>>.

¹⁰⁹ Segundo o Censo 2010 do IBGE. Disponível na Internet: <http://www.censo2010.ibge.gov.br/dados_divulgados/index.php>.

juízes e seus auxiliares. O terceiro fator ganha importância por ser capaz de maximizar os outros dois.¹¹⁰

A análise dos três não deve ser feita de forma isolada, pois eles estão relacionados. Em geral, porém, ocorre justamente o contrário, porque o estudioso do processo civil desconsidera os recursos e o aspecto cultural.¹¹¹ As considerações foram feitas por Remo Caponi em relação ao Judiciário italiano, mas elas se encaixam perfeitamente ao caso brasileiro.

Apesar de alguns dos maiores processualistas brasileiros já haverem ressaltado a relevância dos recursos judiciais para um processo mais eficiente,¹¹² a questão, via de regra, é meramente mencionada e jamais tratada como determinante na crise.

c) Funcionamento do sistema de acordo com o planejado

O terceiro e último fator encoberto pelo falso diagnóstico são as finalidades observadas na fundação do sistema processual brasileiro. Alguns valores foram prezados em detrimento de outros, e é importante considerar a ordem de prioridade estabelecida.

Na contramão de todos aqueles que falam em crise do Judiciário, Ovídio Baptista da Silva já defendeu que

ele funciona segundo os princípios e pressupostos imaginados por aqueles que o conceberam. Um ponto que não preocupa aqueles que se angustiam com os atuais problemas da administração da justiça é saber se a celeridade processual fora, realmente, concebida como um objetivo desejado pelo sistema. Ou seja, ainda não se demonstrou que nosso sistema processual fora programado para andar rápido.¹¹³

¹¹⁰ CAPONI, Remo. *O princípio da proporcionalidade na justiça civil*: primeiras notas sistemáticas. Palestra proferida no Congresso de Direito Processual, em outubro de 2010, em Curitiba, traduzida pelo Professor Sérgio Cruz Arenhart. Também disponível em <<http://unifi.academia.edu/remocaponi/Papers>> (*Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*).

¹¹¹ CAPONI, Remo. *O princípio da proporcionalidade na justiça civil*: primeiras notas sistemáticas. Na verdade, o autor trata nesse mesmo trabalho da necessidade de considerar não só os processos isolados (como é de costume) mas também a gestão da massa dos processos. Isso será abordado posteriormente.

¹¹² MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Demasiados recursos?*, p. 22; e SILVA, Ovídio Baptista da. *Da função à estrutura*, p. 11-13.

¹¹³ SILVA, Ovídio Baptista da. *Da função à estrutura*, p. 11.

Um sistema que, inspirado por filosofias liberais iluministas, prioriza o valor segurança, alcançado por meio de juízos de certeza, certamente não coloca a efetividade e a celeridade em primeiro lugar.¹¹⁴ Pode-se pensar que aqueles que conceberam o sistema processual brasileiro sonhavam com um processo que prezasse pela segurança e que fosse, ao mesmo tempo, célere. Mas certamente isso não passou de um sonho, pois conciliar valores irreconciliáveis só é possível em fantasia.¹¹⁵

Em sua concepção original, o processo civil brasileiro não traz institutos que prezam pela celeridade e que a colocam em primeiro lugar. Os poucos que o fazem foram acrescentados por reformas posteriores, como a antecipação de tutela e a ação monitória, e (ou) são tímidos, como a execução provisória. O atual Código de Processo Civil já foi retalhado por várias modificações, mas sua estrutura e seus fundamentos são os mesmos de 1939.¹¹⁶ E o Anteprojeto do novo CPC já esclarece em sua exposição de motivos que grande parte dos institutos foram conservados.

“Ao contrário da opinião dominante, porém, penso que o Poder Judiciário funciona bem, tendo em vista o condicionalismo teórico e político dentro do qual ele sobrevive. (...) Ele atende rigorosamente bem ao modelo que o concebeu.”¹¹⁷ Há de se considerar que a morosidade é boa e útil para alguém: ela representa, sim, uma escolha que foi feita¹¹⁸ e está, hoje, consolidada. Ela é muito útil aos litigantes habituais, como o Estado, quando são réus. Quando são autores, e em tese a celeridade seria mais útil, eles podem manejar a demora, que não lhes causa tantos prejuízos quanto provoca ao litigante eventual.¹¹⁹

As reformas procuram apenas melhorar o funcionamento do sistema, sem perceber que se embrenham mais fundo naquilo que desejam combater. Se o que se

¹¹⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Da função à estrutura*, p. 11.

¹¹⁵ Claro que algo haveria de não funcionar: ou bem a segurança, ou bem a celeridade. Como a segurança era a prioridade, a celeridade ficou em segundo plano (ou melhor, em plano nenhum).

¹¹⁶ Isso será desenvolvido nos próximos capítulos.

¹¹⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. *Da função à estrutura*, p. 11.

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 33.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 67.

deseja é uma alteração profunda do estado atual das coisas, certamente não é com simples melhorias que isso irá se verificar.

Se o sistema foi feito para dar preferência à segurança, acima de tudo, e nunca dar primazia à celeridade, não há como inverter essa ordem de prioridades sem alterações significativas – tanto nas leis processuais como na estrutura física do Judiciário. Se o que se deseja são processos mais curtos, é preciso fazer uma opção clara nesse sentido.

Já se lamentou que “ninguém até agora inventou uma fórmula salvadora, que conseguisse conciliar esses dois ideais antitéticos: a velocidade e a segurança”,¹²⁰ mas o processualista se esqueceu que é assim mesmo que as coisas funcionam para valores antitéticos – eles são antagônicos, opostos e irreconciliáveis. Nunca irão conviver em pé de igualdade, um sempre irá se sobrepor ao outro; não necessariamente anulando o preterido completamente, mas certamente o ofuscando de alguma maneira.

Continuar procurando a solução para todos os problemas nas alterações dos textos legais não leva a nada e somente representa a

fuga do mundo empírico para o mundo normativo, que tão dramaticamente acomete o pensamento jurídico moderno, particularmente o Processo Civil, que se haveria de supor o ramo do direito mais comprometido com os dramas e contingências humanas da nossa realidade quotidiana.¹²¹

Já é hora de superar essas limitações. Um passo importante para essa superação é justamente o reconhecimento de que não se trata de uma crise passageira, mas sim de um problema muito mais profundo e enraizado nas origens do sistema. Se ele funciona exatamente de acordo como foi planejado, a ideia de crise já não parece adequada.

¹²⁰ NEGRÃO, Theotônio. *Apud* ROSA, Fábio Bittencourt da. *Judiciário: diagnóstico da crise*, p. 1 (na epígrafe).

¹²¹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, p. 124.

CAPÍTULO II – PRIMEIRA DIMENSÃO: CRÍTICA DO DIAGNÓSTICO

“Se podes olhar, vê. Se podes ver, repara”

José Saramago¹²²

1. A crise como desestabilizador do estado normal

O período crítico, para ser tido como tal, deve poder ser comparado com um outro período, de normalidade, ou de “não crise”. Isso diferencia o momento de crise de quaisquer outros momentos e permite sua identificação. Caso contrário, não há como separar uma crise de algo que simplesmente funciona mal.

A etimologia do termo crise revela que ele deriva do grego *krísis*, que remete à ação ou faculdade de distinguir; e do latim *crisis*, momento de decisão, de mudança súbita. A crise precisa ser um momento de mudança, que revele a distinção entre ela e os demais períodos de desenvolvimento do que é analisado.

Algumas acepções da palavra indicam “estado de súbito desequilíbrio ou desajuste nervoso, emocional”; “fase de transição entre um surto de prosperidade e outro de depressão, ou vice-versa” (em economia); “situação de tensão momentânea, disputa grave, conflito” (em sociologia); e ainda a locução “crise social”, que indica “processo de intensa mudança (conjuntural ou estrutural) na organização de uma sociedade, alterando suas relações intergrupais ou de classe, suas normas e padrões culturais”.¹²³ Todas as acepções remetem a surto, estado súbito, fase ou ainda a intensa mudança. Logo num primeiro contato, já é possível perceber que a crise de que se trata neste trabalho não se encaixa nessas definições, sejam elas mais coloquiais ou mais específicas.

¹²² Em “*Ensaio sobre a cegueira*”.

¹²³ Etimologia e acepções de acordo com o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=crise&cod=57781>>.

A chamada “crise” do Judiciário brasileiro é tão antiga que parece não haver período normal para ser comparado: o estado crítico parece ter tomado toda a história do terceiro poder.

A primeira obra especializada no Judiciário foi publicada em 1915, por Pedro Lessa, que à época era Ministro do Supremo Tribunal Federal. Ele foi o primeiro a atentar para o excesso de trabalho do tribunal e da necessidade de desafogá-lo.¹²⁴ Ressaltou que medidas urgentes deviam ser tomadas, pois

Desde que todos os litigantes pódem, invocando o artigo 59, II, da Constituição, recorrer para o Supremo Tribunal Federal das sentenças dos juízes e tribunaes federais, a consequência indefectível será continuar o Supremo tribunal Federal sobrecarregado do mesmo superabundante trabalho que o opprime, e protelar-se muito mais a decisão dos feitos.¹²⁵

Segundo ele, o Supremo Tribunal Federal funcionava como mais uma instância ordinária, o que já havia sido vetado pela Constituição Imperial e trazia consequências nefastas: “fazer do Supremo Tribunal Federal uma terceira instância ordinaria é augmentar a já insupportavel lentidão com que se decidem as causas federaes.”¹²⁶

Trinta anos depois, a segunda grande obra sobre o assunto foi escrita por Castro Nunes, também Ministro do Supremo. O autor explica o que talvez tenha sido a primeira medida tomada para modificar a situação do tribunal: em 1931, a corte foi dividida em turmas pela primeira vez, como uma solução emergencial. As turmas eram de composição variável e encontraram forte resistência da doutrina, que consideravam inaceitável a divisão do tribunal.¹²⁷ Em 1937, surgiram as turmas de composição permanente, tais como as que existem hoje, mas, para ele, “na verdade, qualquer divisão do Supremo Tribunal só deve ser tratada como medida de emergência, a cessar logo que cessem os motivos que a determinaram, isto é, a

¹²⁴ SALAZAR, Alcino. *Poder judiciário: bases para uma reorganização*, p. 9-10.

¹²⁵ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*, p. 23.

¹²⁶ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*, p. 23-24.

¹²⁷ NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*, p. 185.

necessidade de pôr em dia os trabalhos do tribunal.”¹²⁸ A separação era vista como depreciativa da relevância e da autoridade do Supremo Tribunal Federal.

Uma reclamação de Castro Nunes que coincide com as observações de Pedro Lessa versa sobre a utilização da corte mais alta do país como mera instância ordinária. Ele ressalta que ela não constitui terceira instância e que só deve tratar de questões de direito, sem reexaminar provas.¹²⁹

Na década de 1960, já algum tempo após a criação do Tribunal Federal de Recursos, afirmava-se que o Supremo havia recebido, como era inevitável, o atropelo da expansão demográfica brasileira:

Mesmo aliviado do peso das causas de interesse da União, que, em segunda instância, são julgadas pelo Tribunal Federal de Recursos desde 1947, o Supremo debateu-se, há mais de 35 anos, na crise de seu congestionamento, matéria que já tem preocupado seus membros e os do Congresso, além de muitos juristas de prol.¹³⁰

Nos anos 70, o próprio Supremo, em relatório sobre o seu funcionamento, define-se como consciente da necessidade de uma grande reforma no Judiciário. Já na apresentação do relatório, o presidente da corte, Djaci Alves Falcão afirma que as mudanças são imperiosas e inadiáveis.

Tal reforma deveria ser realizada em profundidade, sem se limitar a retocar textos legais ou estruturas. O Supremo procurou, então, resumir as reclamações da sociedade:

quer-se que o Poder Judiciário se torne apto a acompanhar as exigências do desenvolvimento do País e que seja instrumento eficiente de garantia da ordem jurídica. Quer-se que se eliminem delongas no exercício da atividade judiciária. Quer-se que as decisões do Poder Judiciário encerrem critérios exatos de Justiça. Quer-se que a atividade punitiva se exerça com observância das garantias de defesa, com respeito à pessoa do acusado e com a aplicação das sanções adequadas. Quer-se que à independência dos magistrados corresponda o exato cumprimento dos deveres do cargo. Quer-se que os jurisdicionados encontrem, no

¹²⁸ NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*, p. 187.

¹²⁹ NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*, p. 200.

¹³⁰ BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*, p. 122.

Poder Judiciário, a segura e rápida proteção e restauração de seus direitos, seja qual for a pessoa ou a autoridade que os ameace ou ofenda.¹³¹

As semelhanças com as reivindicações atuais não podem ser mera coincidência. Pode se verificar que são semelhantes às propostas para a solução do problema, como o aumento do número de ministros (descartado, já na década de 1970, pois o sucessivo aumento no número de processos implicaria o contínuo incremento dos integrantes do tribunal); e a atribuição parcial da competência a outro tribunal (também vista como inadequada, porque o problema seria somente repassado a outro órgão, e, como as questões muitas vezes seriam também de competência do Supremo, haveria a possibilidade de cabimento simultâneo do recurso extraordinário). Por fim, apresenta o que seria a melhor solução: a restrição à recorribilidade, para que a corte tratasse somente de questões constitucionais ou federais relevantes.¹³²

Na década de 1970 também foi produzida outra obra tratando do Judiciário. O autor reconhece a importância dos dois grandes trabalhos sobre o tema anteriores ao seu (de Pedro Lessa e Castro Nunes), mas acredita que outro se fez necessário devido a novos problemas e aos velhos que persistem e se tornam mais graves.¹³³ “Sempre se clamou, no país, pela reforma da Justiça. Sempre esteve esta aquém das necessidades e aspirações dos jurisdicionados.”¹³⁴ Já haviam sido feitas alterações no aparelhamento judicial e na legislação, mas sempre superficiais e incompletas. “Nunca produziram os resultados almejados. Ao contrário, a crise da Justiça ganhava intensidade e progressão”.¹³⁵

Ainda nos anos 70, afirmava-se que sem uma reforma ampla e global da justiça, em cinco anos seria atingido o ápice da crise e reclamava-se das “lastimáveis delongas da justiça”.¹³⁶

¹³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Reforma do Judiciário*: diagnóstico. p. 13-14.

¹³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Reforma do Judiciário*: diagnóstico, p. 18.

¹³³ SALAZAR, Alcino. *Poder judiciário*: bases para uma reorganização, p. 11.

¹³⁴ SALAZAR, Alcino. *Poder judiciário*: bases para uma reorganização, p. 12.

¹³⁵ SALAZAR, Alcino. *Poder judiciário*: bases para uma reorganização, p. 12.

¹³⁶ SALAZAR, Alcino. *Poder judiciário*: bases para uma reorganização, p. 13-14.

O problema também era constatado por doutrinadores consagrados, que chegavam a demonstrar indignação:

é óbvio (ululantemente óbvio) que o Supremo Tribunal não pode continuar com tão diminuto número de juízes e tão grande cópia de atribuições. Ou essas se reduzem, outorgadas ficando algumas delas a um novo órgão judiciário – ou então o número de ministros tem de ser aumentado. Manter o status quo é de todo impossível e *completamente absurdo*.¹³⁷ [grifou-se]

De 1915 à década de 80, falava-se em crise do Judiciário porque os tribunais não davam conta do trabalho que chegava a eles a cada ano. A demanda era sempre maior que a capacidade das cortes. Em 1959 já se dizia que há meio século o número de processos pendentes aumentava sempre e eles se acumulavam, formando pilhas e pilhas de autos.¹³⁸ O déficit de julgamentos sempre foi constante: no caso, por exemplo, do Superior Tribunal de Justiça, o problema fica evidente, pois já no primeiro ano de seu funcionamento, em 1989, ele não deu conta nem da metade dos processos.¹³⁹

O grande indicador da crise, portanto, era a baixa produção dos órgãos julgadores em relação ao aumento constante do número de demandas. Hoje essa questão nem é mais levantada, pois essa desproporção alcançou níveis absurdos. A funcionarização, a justiça de gabinete, é convocada para minimizar o déficit. Na década de 1950, foi considerada surpreendente a produção do Supremo Tribunal Federal em um ano determinado: 4.903 julgamentos.¹⁴⁰ Em comparação com os mais de cem mil julgados em 2007 pelo mesmo tribunal, esse número parece insignificante.¹⁴¹ O fato é que atender a todos ou a quase todos os processos que chegam no mesmo ano aos tribunais nem é mais uma ambição do Judiciário.

¹³⁷ MARQUES, José Frederico. *A reforma do Poder Judiciário*, p. 459.

¹³⁸ SALAZAR, Alcino. *Poder judiciário: bases para uma reorganização*, p. 191-193.

¹³⁹ Dados disponíveis na página do Tribunal na Internet. Ver anexos.

¹⁴⁰ SALAZAR, Alcino. *Poder judiciário: bases para uma reorganização*, p. 194.

¹⁴¹ O valor é perceptível nos gráficos do primeiro capítulo.

O diagnóstico de crise se estende no tempo, sua duração é tão longa que não há como saber se um dia já houve normalidade. O problema parece mais grave hoje, certamente, quando as pilhas de autos ultrapassam as centenas de milhares. Ele impressiona mais que antes, mas isso não faz com ele seja novo.

Na verdade, o Judiciário sempre funcionou mal – nunca conseguiu prestar tutelas adequadas e em tempo hábil aos litigantes, pois a demanda sempre foi muito maior do que o trabalho que seus órgãos poderiam executar. O simples fato de que a situação se agravou a proporções absurdas não faz com que a crise tenha se instaurado agora. O desenvolvimento da situação, inclusive, foi de acordo com o previsível – isso se alguém tivesse se dado o trabalho de fazer essa previsão. Se o terceiro poder não conseguia responder à altura do que lhe era exigido na década de 1920, ele não iria conseguir fazê-lo em 2010, mesmo se crescesse na mesma proporção que a população brasileira. Se seguisse a proporção seria tão atarefado quanto o era em 1920. Como o Judiciário certamente não cresceu na proporção da população do país, a situação obviamente se agravou.

A questão é se uma crise pode ser caracterizada como tal se sempre existiu. Nesse caso, de uma crise perene, não há período “não crítico” para servir de referencial, com o qual se pode comparar a situação atual e precisar o que está alterado, desequilibrado, fora do normal. Desde 1915 os relatos apontam para uma inefetividade crônica.

Não há crise alguma. O Poder Judiciário funciona exatamente como deveria funcionar: mal. Ele não foi projetado ou planejado para ser ágil e eficiente. As leis processuais não foram elaboradas colocando em primeiro lugar os valores de celeridade e eficiência, conforme defendido no primeiro capítulo. A primazia da segurança sempre foi característica do sistema processual civil brasileiro.

Como o sistema judiciário já surgiu com esse problema de funcionamento, ele não pode ser designado como uma crise, um estado passageiro, uma anomalia. O agravamento da situação tampouco autoriza essa designação.

Se a situação piorou de 1920 a 2010, ela pode piorar muito mais. As dificuldades não são passageiras, e tendo em vista que a probabilidade de fracasso das

medidas adotadas é maior que a sua chance de sucesso, elas continuaram e continuarão crescendo exponencialmente, conforme a população aumenta.

Os dados obtidos pelo CNJ demonstram que, em 2009, foram 8.859 casos novos para cada 100 mil habitantes (na justiça estadual), o que indica que aproximadamente 8% da população ingressou com novas ações no Judiciário. Essa foi a média brasileira. No Paraná, o número foi um pouco menor, 8.095 novos casos a cada 100 mil pessoas.¹⁴² Apesar do tão proclamado aumento do acesso à justiça pós-Constituição de 1988, a proporção de novos casos em relação à população ainda é pequena. Ou seja, se está ruim, poderia estar muitíssimo pior.

A Constituição estabeleceu a assistência jurídica integral e gratuita para os que comprovarem insuficiência de recursos como um direito fundamental (art. 5º, LXXIV) em 1988, mas em 2010 ainda não há Defensoria Pública no Estado do Paraná – ao menos nos moldes constitucionais (cargos de carreira, providos por concurso público de provas e títulos, de acordo com o art. 134, §1º, da CF). A situação é totalmente inaceitável e confirma a acusação de que o Judiciário é um poder apenas para os ricos.¹⁴³ De nada adianta assegurar isenção no pagamento das custas sem o acesso aos defensores.

A sensação de frustração e de alienação dos pobres que percebem a máquina de justiça do Estado – e consequentemente o próprio direito do Estado – como algo estranho e inacessível, e por isso, em última análise, hostil, é uma tragédia que dá frutos demasiado perigosos...¹⁴⁴

Se o terceiro poder está congestionado sem um efetivo acesso da população à Justiça, certamente ele poderia estar numa situação ainda mais grave se esse acesso

¹⁴² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009*, p. 139 (ver anexos).

¹⁴³ A tutela e o exercício dos direitos daqueles que são pobres, assim, seguem praticamente paralisados. CAPPELLETTI, Mauro. *Pobreza y justicia*, p. 177.

¹⁴⁴ Tradução livre de: “*El sentido de frustración y de alienación de los pobres que sienten la máquina de la justicia del Estado – y por consiguiente el derecho mismo del Estado – como algo extraño e inasequible, y por eso, en último análisis, hostil, es una tragedia que da frutos harto peligrosos...*” CAPPELLETTI, Mauro. *La justicia es igual para todos?*, p. 151.

fosse finalmente garantido. A litigiosidade no Brasil pode aumentar por uma série de fatores, já que ela ainda é relativamente pequena. Se hoje o diagnóstico é de crise, ele só poderá ser de “*super crise*” amanhã.

Enfim, se há uma crise hoje, e se ela já existe desde o começo do século XX, ela só tende a prosseguir e a piorar. Não há como designar o fenômeno como crítico se a sua perenidade é constatada, não só porque faz parte do passado, como também porque certamente continuará no futuro.

2. Crise como propulsora das revoluções científicas

A principal medida tomada como forma de conter ou solucionar a crise do Judiciário é a alteração da legislação. Consequentemente, pode-se afirmar que a principal causa dessa situação, se é que existe uma, são leis inadequadas (de acordo com esse entendimento geral). O diagnóstico, portanto, se alastra (ou, ao menos, deveria se alastrar) para toda a ciência: o Direito Processual Civil brasileiro estaria também em estado crítico, já que seu principal objeto de estudo estaria nessa condição.

Existe uma outra abordagem para o significado do termo “crise”, de acordo com essa concepção que põe o foco na questão da ciência. Ela seria o diagnóstico de circunstâncias que precederiam uma revolução científica e a substituição do paradigma tradicional, regido pela ciência normal, por um novo paradigma.¹⁴⁵ Antes de examinar esse novo enfoque, cabe passar pela apreciação tradicional das fases de desenvolvimento do Processo Civil.

a) Tradicional análise da evolução da ciência processual civil

Habitualmente, o Direito Processual Civil tem o seu desenvolvimento dividido em três fases: fase sincretista, fase autonomista e fase instrumentalista.

¹⁴⁵ Essa é a abordagem de Thomas S. Kuhn, autor de *A estrutura das revoluções científicas*.

Durante o *sincretismo*, que teria perdurado desde os tempos mais antigos até o século XIX, havia uma confusão entre os planos substancial e processual: por isso, esse período também é conhecido como fase civilista do processo ou fase imanentista da ação. A ação era considerada somente a face dinâmica do direito material, não existindo um sistema processual propriamente dito. Os conceitos eram puramente empíricos, sem a elaboração de princípios ou de um método especial.¹⁴⁶

A verdadeira ciência processual civil só se consolidou após a publicação de “A teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais” por Oskar Von Bülow, em 1868. O autor estabeleceu a existência de uma relação jurídica processual, de natureza pública e, portanto, diferente das relações jurídicas tradicionais de direito privado. Os pressupostos processuais do título da obra seriam os requisitos para a formação da relação processual.¹⁴⁷

A discussão entre Windscheid e Muther também foi determinante na formação da nova ciência, especialmente porque o segundo foi o primeiro a afirmar que existe um direito de agir dirigido contra o Estado (que, nesses casos, personifica-se nos órgãos jurisdicionais) separado do direito privado violado. Haveria, assim, diferenças quanto ao conteúdo e quanto ao sujeito passivo dessas duas espécies de direito.¹⁴⁸ Ainda assim, a definição do domínio científico do processo foi primeiramente definida por Bülow¹⁴⁹ e com ele foi iniciada a chamada *fase autonomista ou conceitual* do processo. O processo civil passou a ser encarado como ciência propriamente dita, com um objeto e método próprios.

Entretanto, consequências negativas desse processo autonomista começaram a se destacar, como o afastamento do processo da realidade social e a consagração do

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 254-255.

¹⁴⁷ BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 1-8.

¹⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, volume primo, p. 7-9. Ver também MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, p. 163-166.

¹⁴⁹ BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 6.

formalismo como um fim em si mesmo.¹⁵⁰ O foco deixou de ser o rigor científico e a diferenciação de outros ramos do Direito, e voltou-se aos resultados efetivos do processo e seus escopos sociais. A nova fase foi denominada *instrumentalista ou teleológica*.¹⁵¹

Na verdade, essas três fases mais parecem divisões e rupturas artificiais que verdadeiras transições paradigmáticas da ciência. O período anterior à sua formação não deveria nem ser considerado uma fase, já que o Direito Processual Civil não existia na época. Existiam algumas espécies de procedimentos, até mesmo processos perante à jurisdição, mas a ciência processual, o estudo desses “fenômenos jurídicos” era inexistente. Não há que se falar em primeira fase nesse sentido.

Se todas as ciências da história da humanidade forem analisadas dessa forma, todas terão sempre começado em sua segunda fase, pois qualquer atividade científica teve um início, por mais remoto e de difícil determinação que seja. Sempre há um período anterior ao surgimento das pesquisas científicas e esse período não precisa integrar a história das ciências.¹⁵² A ciência processual civil nasceu quando as discussões a respeito da matéria se iniciaram, ou seja, em sua fase autonomista.¹⁵³

Em relação à fase instrumental, ela representa os questionamentos que surgiram logo após o entusiasmo da fase autonomista. Inicialmente a preocupação era somente a de estabelecer as bases para a autonomia da ciência e conseguir um espaço próprio para as pesquisas processuais e nesse ínterim a vocação do processo – instrumentalizar os direitos materiais – foi deixada de lado.

¹⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 10.

¹⁵¹ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao código de processo civil*, v. 11: do processo cautelar, arts. 796 a 812, p. 151; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 257-258.

¹⁵² A utilidade em designar esse período anterior como primeira fase é extremamente questionável. Além disso, a designação sempre soa muito imprecisa: “desde tempos remotos até a época em que a ciência surgiu”.

¹⁵³ Logo em seguida serão abordadas as ideias de Thomas Kuhn. A fase sincrética corresponderia, no máximo, a uma pré-ciência (fase pré-paradigmática). KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 35-36.

Mesmo assim, talvez seja muito radical afirmar que o Processo Civil passou para outro paradigma com o advento das preocupações instrumentalistas. As discussões ainda giram em torno de temas incrivelmente similares.

Giuseppe Chiovenda, teoricamente um membro da fase autonomista, enumerou em uma de suas obras os princípios do processo e surpreendentemente eles coincidem com os princípios que são objeto de discussões atuais. Ele trata dos princípios da oralidade, da imediatidade, da identidade física do juiz, da concentração dos atos processuais, princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias (ou seu oposto, o da recorribilidade), da publicidade e o do contraditório. Trata de temas como a oposição entre processo inquisitório e acusatório (respectivamente, de iniciativa do juiz ou de iniciativa das partes), do duplo grau de jurisdição e dos recursos possíveis após ele: se há cassação, revisão ou uma terceira instância.¹⁵⁴

O fato é que os princípios da fase autonomista ainda são os princípios da fase instrumental. Embora as preocupações da doutrina não sejam mais as mesmas, as distinções não são tão marcantes a ponto das duas fases serem bem distintas uma da outra.

No Brasil as leis processuais mudaram muito pouco. O CPC de 1973, apesar de ter seu caráter inovador defendido por autores como Pontes de Miranda,¹⁵⁵ substancialmente reproduziu o Código de 1939. Tecnicamente é considerado melhor que seu antecessor, mas segue na linha de um sistema processual individualista e típico da fase autonomista.¹⁵⁶ Seu rigor científico, aliás, demonstra exatamente essas

¹⁵⁴ Cassação, se o tribunal faz com que o órgão *a quo* profira um novo julgamento; revisão, se ele o profere ele mesmo; e terceira instância, se reexamina pela terceira vez as provas. Para toda a enumeração: CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*, v. I, p. 44-46.

¹⁵⁵ Ele afirma que se tratou de reforma total, e não de mera correção do Código de Processo Civil de 1939. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Aspectos fundamentais do novo CPC*, p. 19-33.

¹⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do CPC*, p. 24-25 e *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 279-280.

características. Foi um Código que já nasceu velho, alheio a muito do que era discutido à época.¹⁵⁷

A sua Exposição de Motivos afirmava fazer o impossível: tendo como opções corrigir o código velho ou construir um novo, os doutrinadores optaram por um reforma total. O problema, segundo eles, era amplo e profundo, afetando a substância das instituições; por isso, o código foi refeito em suas linhas fundamentais, com um “novo plano de acordo com as conquistas modernas e as experiências dos povos cultos”.¹⁵⁸ Tudo isso sem deitar abaixo as instituições do código vigente à época. Simultaneamente a tantas reviravoltas, procurava a continuidade legislativa, para que a mudança fosse menos perturbadora.¹⁵⁹

Por isso, em 1975 já se dizia que o Código não havia seguido as tendências de instância única e de supressão ou limitação dos recursos; e que, apesar de Buzaid insistir numa reforma global, “não se libertou o legislador do jugo da tradição antiprogressista”.¹⁶⁰ As sugestões para alterações começaram a surgir menos de dez anos depois do início da vigência.¹⁶¹ Em 1992 começaram as reformas, que teriam sido caracterizadoras do início da fase instrumentalista no Brasil.¹⁶² Mas, se as correções de 1973 não haviam sido suficientes para criar um novo modelo processual, por que as modificações da década de 1990, ou mesmo as pós-reforma do Judiciário, seriam aptas a tanto? As mudanças foram significativas, conforme exposto no primeiro capítulo, mas isso não implica necessariamente uma transformação radical da ciência; afinal, ainda é o mesmo código, por mais retalhado que esteja.¹⁶³ Se o CPC de 1939 era

¹⁵⁷ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao código de processo civil*, v. 11: do processo cautelar, arts. 796 a 812, p. 141.

¹⁵⁸ SENADO FEDERAL. Exposição de motivos. *Código de processo civil – histórico da lei*. v. I, t. I. [s.l.], 1974, p. 9-11.

¹⁵⁹ SENADO FEDERAL. Exposição de motivos. *Código de processo civil – histórico da lei*. v. I, t. I. [s.l.], 1974, p. 9-11.

¹⁶⁰ SALAZAR, Alcino. *Poder judiciário: bases para uma reorganização*, p. 179.

¹⁶¹ Em 1983 já se falava nisso. NERY JR. Nelson. *Atualidades sobre o processo civil: a reforma do CPC brasileiro de 1994 e 1995*, p. 14.

¹⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 280.

¹⁶³ Acrescente-se que, se o novo Código de Processo Civil for aprovado, continuaremos com a mesma base, pois a Exposição de Motivos de seu Anteprojeto deixa claro que não quiseram deitar

individualista e liberal, não há muito que indique que essa tradição tenha sido deixada para trás.¹⁶⁴

(...) as grandes linhas do sistema, seus pressupostos políticos – o processo como ciência – aspiram, como todas as leis científicas, o status de “verdades eternas”. Isso também é um pressuposto estrutural do sistema processual, em virtude do qual ele acabou “congelado” no tempo, sem compromisso com a História.¹⁶⁵

O Direito Processual Civil teria nascido com o dom da eternidade: enquanto o direito material está fadado a sempre mudar, o direito processual, por ser teoricamente formalista, sem conteúdo e, por isso, neutro em relação a valores, estaria mesmo “congelado no tempo”. Ovídio Baptista da Silva vai ainda mais longe e afirma que se pratica ainda o modelo processual do direito privado romano em sua versão medieval.¹⁶⁶

Assim, o processo é o mesmo, liberal e individualista, que era durante a formação da ciência.¹⁶⁷ A permanência do Direito Processual Civil num mesmo paradigma ficará mais evidente a partir da exposição das ideias de Thomas Kuhn.

b) A ausência de crise segundo outra acepção

Tradicionalmente, o progresso das ciências é visto como um processo de acumulação sucessiva de fatos, teorias e leis científicas. Trata-se de desenvolvimento

abaixo as antigas instituições. Qual é o grande problema em deitar abaixo instituições? Os reformadores brasileiros parecem ter um temor mortal de, de fato, fazer um NOVO código.

¹⁶⁴ Na verdade, se a tradição judicial brasileira fosse diferente, talvez não precisássemos de um novo Código para a instalação de um novo paradigma. Mas, especialmente em relação ao processo, os magistrados hesitam em flexibilizar a aplicação das regras. Mesmo quando normas abertas e cláusulas gerais (como os arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil) os autorizam a fazê-lo, há alguma vacilação. Se o que se deseja é uma flexibilização dos procedimentos, ela terá de ser autorizada por lei. E deverá suportar enorme resistência por parte da doutrina.

¹⁶⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. *Da função à estrutura*, p. 14.

¹⁶⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. *Da função à estrutura*, p. 14.

¹⁶⁷ O caráter individualista era expresso nas ideias de que a sociedade existia para o indivíduo, e não o contrário, e que o direito é feito para o indivíduo e não, para salvar a sociedade. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, p. 23.

por acumulação de descobertas e invenções individuais. Thomas Kuhn propôs uma nova forma de avaliar esse desenvolvimento, a partir de conceitos particulares.¹⁶⁸

A *ciência normal* é composta por pesquisas que se baseiam em algumas realizações científicas do passado, que foram e são reconhecidas pela comunidade científica como fundamentos para a sua prática posterior. O tempo dos cientistas é dedicado a ela, que é caracterizada por dois aspectos: primeiro, as realizações que a fundamentam foram surpreendentes o suficiente para atrair um número significativo de seguidores (e simultaneamente, afastá-los de outros domínios da ciência); e, em segundo lugar, essas mesmas realizações são abertas e permitem o surgimento de vários outros problemas a serem resolvidos pelos cientistas.¹⁶⁹

Os estudantes aprendem com professores comprometidos a essa ciência normal, que lhes passarão as bases do seu campo de estudos, os modelos utilizados e os seus métodos. Isso gera um consenso aparente que é fundamental para a continuação da pesquisa.

As realizações que partilham das características acima mencionadas e propiciam o surgimento de modelos dos quais brotam tradições científicas são denominadas *paradigmas*.¹⁷⁰

Numa fase pré-paradigmática convivem várias interpretações diversas do mesmo conjunto de fatos.¹⁷¹ Em um dado momento, uma das perspectivas irá prevalecer, ressaltando apenas um ou alguns aspectos do conjunto (por demais numeroso). Essa escolha traz elementos arbitrários, mas invariavelmente parece

¹⁶⁸ Kuhn tinha formação acadêmica em Física e a maioria dos exemplos do livro é retirada dessa ciência ou da Biologia. Entretanto, o autor estudou cuidadosamente as ciências sociais e chegou às mesmas conclusões: “Fiquei especialmente impressionado com o número e a extensão dos desacordos expressos existentes entre os cientistas sociais no que diz respeito à natureza dos métodos e problemas científicos legítimos. Tanto a história como meus conhecimentos fizeram-me duvidar de que os praticantes das ciências naturais possuam respostas mais firmes ou mais permanentes para tais questões do que seus colegas das ciências sociais.” KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 12-13.

¹⁶⁹ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 24 e 29-30.

¹⁷⁰ Ele traz como exemplos a astronomia ptolomaica e a copernicana, a dinâmica aristotélica e a newtoniana. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 30.

¹⁷¹ A chamada fase sincretista do processo é, no máximo, representativa de uma fase pré-paradigmática, ou de pré-ciência.

melhor que as outras opções.¹⁷² Nenhum paradigma explica todos os fatos com os quais pode ser confrontado e isso não é um pressuposto para que ele seja aceito.

O objetivo da ciência normal não é o de encontrar fenômenos novos; na verdade, aqueles que não se ajustam aos limites do paradigma frequentemente não são vistos. Ela se dirige para a articulação dos fenômenos pré-definidos pelo paradigma e para a elaboração de problemas no estilo “quebra-cabeças” para os cientistas solucionarem.¹⁷³ Eles testam sua engenhosidade na solução de problemas, porém os resultados são irrelevantes. Na verdade, os problemas importantes, em sua maioria, não são quebra-cabeças porque não têm solução possível. O que importa no quebra-cabeças não é a solução em si, mas o conhecimento prévio que essa solução existe e é possível.¹⁷⁴

Assim, a ciência normal do Processo Civil se dirige prioritariamente para fenômenos pré-definidos e para problemas do tipo quebra-cabeças. A crise do Judiciário é um deles, que reclama a adoção de uma das medidas comuns, que se encaixem em uma das categorias apresentadas no primeiro capítulo. Ela não pede um novo Código (absolutamente novo) com a alteração de muitos dos fundamentos preestabelecidos. Com o surgimento dos novos institutos (sempre nas mencionadas categorias), surge a possibilidade de um novo quebra-cabeça. É sempre possível discutir, por exemplo, qual a sua natureza jurídica.¹⁷⁵ A discussão é relevante porque a concepção adotada trará efeitos práticos, mas note-se que ela diz respeito a um

¹⁷² KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 37-38.

¹⁷³ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 44-45.

¹⁷⁴ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 59-60.

¹⁷⁵ Como exemplo, a discussão acerca da natureza da súmula impeditiva de recursos. Impossível falar do instituto sem tratar da questão previamente. Ver, como exemplos: MARINONI, Luiz Guilherme.; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*, p. 533; ASSIS, Araken de. *Manual de recursos*, p. 459; BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, p. 34; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, v.3, p. 132; NUNES, Dierle José Coelho. *Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (Lei 11.277/2006)*, p. 179.

problema que tem solução, e ainda, uma solução que irá se encaixar em algum conceito preestabelecido.¹⁷⁶

O estudo de fatos e dados novos, como a aferição da real eficácia dos institutos criados para conter a “crise”, exigiria a adoção de outros métodos de investigação (no caso, um levantamento estatístico específico dos processos), mas eles não fazem parte das técnicas da ciência normal. Por isso, esses novos e diferentes métodos podem até parecer interessantes, entretanto, muito provavelmente não serão adotados, porque não são tão urgentes – existem outras medidas mais importantes a serem implementadas antes (provavelmente uma nova alteração legislativa, quiçá até mesmo o projeto de um “novo” código). Afinal, há uma crise a ser contida.

Sempre surgem anomalias e fenômenos que não se encaixam ao paradigma, até porque, como já explicado, ele não comporta todas as questões possíveis. Frequentemente eles são ignorados pelos cientistas, não porque eles não desejam vê-las, mas simplesmente porque não podem.¹⁷⁷

Se, porém, os quebra-cabeças delimitados pela ciência normal começam a não obter os resultados esperados, é gerada a insegurança, e a consciência das anomalias penetra na comunidade científica. A *crise* (a verdadeira), portanto, ocorre quando a ciência normal fracassa na aplicação de seus modelos aos problemas tradicionais, e esse fracasso é percebido pelos cientistas.¹⁷⁸

Pressões externas, como as provenientes da sociedade, podem agravar a crise, mas o fracasso técnico é sempre o seu cerne. A percepção do insucesso é marcante,

¹⁷⁶ No exemplo mencionado, ou a súmula impeditiva faz parte do juízo de mérito do recurso ou integra seu juízo de admissibilidade.

¹⁷⁷ O exemplo de Kuhn é extremamente intrigante. O autor relata um experimento psicológico em que uma série de cartas de baralho era mostrada aos participantes, que deviam identificá-las após um curto período de exposição. A maioria das cartas era normal, mas algumas eram modificadas, como um seis de espadas vermelho ou um três de copas preto. Inicialmente, a maior parte das pessoas identificava essas cartas como seis de espadas e três de copas, sem nem perceber a anomalia. Conforme os pesquisadores aumentavam o tempo de exposição, as pessoas se tornavam confusas e não conseguiam decidir. Após sucessivas exposições, a maioria se adaptava à anomalia e a descrevia corretamente (“três de copas preto”), mas algumas pessoas não conseguiam fazer isso e ficavam perplexas e aflitas com cartas modificadas, sem saber o que havia de errado com elas. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 89-90.

¹⁷⁸ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 95-97.

pois ela é relativa a questões que eram solucionadas antes corriqueiramente – fracassar em relação a um novo problema pode decepcionar, mas não surpreende. Em relação a um ponto antigo e conhecido, a surpresa é inevitável.¹⁷⁹

Os problemas sem resposta se acumulam e a exigência de sua solução permite o processo de elaboração de um novo paradigma.¹⁸⁰ Na verdade, a crise pode provocar uma proliferação de versões de paradigma, o que enfraquece ainda mais o modo “normal” de solução dos quebra-cabeças.¹⁸¹ Kuhn aponta ainda dois efeitos universais da crise: o obscurecimento do paradigma e o relaxamento das regras que orientam a pesquisa normal. Esses dois efeitos permitem o desenvolvimento da pesquisa extraordinária, que debilita os estereótipos e fornece uma nova base de dados, que será a base do novo paradigma.¹⁸²

O autor enumera, assim, algumas características da crise, como “a proliferação de articulações concorrentes, a disposição de tentar qualquer coisa, a expressão de descontentamento explícito, o recurso à filosofia e ao debate sobre os fundamentos”.¹⁸³

Além disso, abandonar um paradigma é necessariamente abraçar outro. Não há limbo: “rejeitar um paradigma sem substituí-lo por outro é rejeitar a própria ciência”.¹⁸⁴ Ao aceitar o novo, a comunidade científica compara-o não só com o mundo, mas com o antigo paradigma também. E essa aceitação encontrará certamente resistências, já que os adeptos da antiga ciência normal irão modificar suas teorias para tentar acomodar as anomalias

A “crise” do Judiciário não se assemelha em nada a essa descrição. As anomalias existentes, os fenômenos que não se encaixam no paradigma, são perfeitamente aceitáveis, pois ele não tem a tarefa de explicar todos os fatos com que é confrontado. São assim os nossos problemas atuais, que têm consequências e

¹⁷⁹ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 103.

¹⁸⁰ LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação*: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo, p. 25.

¹⁸¹ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 110.

¹⁸² KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 115 e 121.

¹⁸³ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 123.

¹⁸⁴ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 108-109.

tentativas de soluções previsíveis. Já se espera que os tribunais se tornem cada vez mais carregados, por exemplo (especialmente se consideramos os tribunais ditos “ordinários” e não os superiores).

Não há uma proliferação de paradigmas explicando a crise de formas alternativas e competindo entre si pela aprovação da comunidade científica. Pelo contrário, a maioria parece dar as mesmas explicações (geralmente não dá nenhuma e não aponta causas para a crise) e propor medidas similares. O mau funcionamento do sistema em alguns dos seus aspectos já é esperado. Não é por isso que há uma situação crítica.

Não há, de jeito algum, disponibilidade para tentar qualquer coisa.¹⁸⁵ As tentativas se repetem em variações delas mesmas e nunca se sai da cartilha predeterminada. Tampouco parece existir um novo paradigma a ser abraçado pelos cientistas que abandonarem o paradigma crítico.

De acordo com o conceito de Thomas Kuhn, que revolucionou a História da Ciência mundial, a *crise* é o momento que antecipa a revolução científica e o surgimento de um novo paradigma, de um novo modo de fazer ciência.

Não parece que essa é a situação do processo civil – especialmente o brasileiro. Se há uma nova forma de fazer pesquisa na área, ela ainda não começou a ser divulgada ou não alcançou nenhuma notoriedade.

Na verdade, a primeira afirmação que foi feita nesse ponto é absolutamente falsa. Relembrando: afirmou-se que se o Judiciário está em crise, e que se as principais medidas tomadas para contê-la eram alterações legislativas, poder-se-ia concluir que a sua causa essencial seria uma péssima legislação. Com isso, o estado crítico se alastraria para a Ciência Processual Civil, já que seu principal objeto de estudo estaria nessa condição. A afirmação não procede, pois o início dessa cadeia lógica não é

¹⁸⁵ Mal há disponibilidade para tentar variações do que sempre é tentado. O Anteprojeto do novo Código de Processo Civil é basicamente conservador, porque trabalha em cima da estrutura dos Códigos anteriores. Mesmo assim, há quem diga que o projeto institui “uma justiça de caráter autoritário”, enumerando pontos que revelam autoritarismo judicial. MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *Projeto institui uma nova justiça de caráter autoritário*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0412201043.htm>>.

verdadeiro. Não há que se falar em crise do processo civil se sequer há crise do Judiciário.

Descartadas as duas acepções, sendo que a primeira, de desestabilizador da situação normal, é mais corriqueira que a segunda, mais específica (de situação imediatamente anterior à revolução científica), é possível concluir que *o diagnóstico de crise do Judiciário brasileiro é falso*. Todavia, ele não é aleatório. Existem vantagens no estabelecimento desse diagnóstico, como se verá a seguir.

3. Etiologia da designação de um fenômeno como “crise”

Vantagens são obtidas quando uma situação é classificada como crítica. Assim, o falso diagnóstico do Poder Judiciário tem razão de ser. Não se quer defender uma espécie de “teoria da conspiração” e afirmar que tudo é um plano maléfico para o alcance de fins escusos. Afinal, a atuação das organizações burocráticas por vezes parece ser independente dos agentes que a compõem.¹⁸⁶

Por mais que não se possa apontar os culpados pela diagnose equivocada, não é possível negar que ela tem a sua utilidade e traz benefícios – nunca para os usuários do serviço justiça, diga-se de passagem, mas ainda assim benefícios.

A explicação acerca dessas vantagens pode ser retirada da análise dos problemas funcionais da ação político-administrativa feita por Claus Offe. O autor explica que o grande dilema da ação administrativa contemporânea é a necessidade de ser adequada às normas e, ao mesmo tempo, teleológica.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Tradicionalmente, a burocracia detém a neutralidade de qualquer instrumento puramente técnico e só é interessada na perfeição de seu próprio funcionamento. No original: “...*bureaucracy to appear as the technical-rational, value neutral machinery of an official apparatus principally interested in the bureaucracy’s smooth operation.*” SCHMITT, Carl. *Legality and legitimacy*, p. 11-12.

¹⁸⁷ OFFE, Claus. *Critérios de racionalidade e problemas funcionais da ação política administrativa*, p. 222.

Tradicionalmente, uma administração legal-burocrática deve seguir um esquema normativo predeterminado. O princípio da legalidade de qualquer atuação estatal garante o seu controle,¹⁸⁸ e mais que isso, assegura sua previsibilidade.

Todavia, a eficiência das ações do Estado não é avaliada pelo estrito cumprimento das normas (ou seja, por sua legalidade), mas principalmente pela realização de suas funções e na tentativa de procurar efeitos.¹⁸⁹ É nesse sentido que a atuação deve ser teleológica: precisa alcançar os fins almejados, obtendo resultados concretos.

Assim, o Estado assume uma estratégia dupla de autolegitimação que muitas vezes não dá certo e acaba não atendendo a nenhum dos dois critérios (nem da legalidade nem da adequação aos fins).¹⁹⁰ As tentativas de solucionar esse dilema geralmente acentuam uma ou outra dimensão e não conseguem resolvê-lo.

A Administração começa, então, a buscar uma fonte alternativa de legitimidade, encontrada no consenso político. Para atingir suas funções teleológicas sem se ater a rígidos critérios legais, ela precisa se apoiar nos grupos interessados e harmonizar interesses conflitantes.¹⁹¹

A escolha dessa fonte traz outras dificuldades para o Estado, que corre o risco de obter um consenso muito restrito e particularista, que só propicia ações tão limitadas que são incapazes de solucionar qualquer problema.¹⁹² Também há o risco,

¹⁸⁸ SCHMITT, Carl. *Legality and legitimacy*, p. 18.

¹⁸⁹ OFFE, Claus. *Critérios de racionalidade e problemas funcionais da ação política administrativa*, p. 221.

¹⁹⁰ OFFE, Claus. *Critérios de racionalidade e problemas funcionais da ação política administrativa*, p. 222.

¹⁹¹ Para Offe, a politização da administração é consequência da insuficiência da legitimação legal. OFFE, Claus. *Critérios de racionalidade e problemas funcionais da ação política administrativa*, p. 224-226.

¹⁹² Claus Offe propõe uma associação entre Estado, sociedade civil e terceiro setor para acabar com falácias contemporâneas (como, por exemplo, a do estatismo excessivo). OFFE, Claus. *Sociedade civil e ordem social* (palestra proferida na UFPR em junho de 2010).

diametralmente oposto, de só lograr consensos excessivamente ambiciosos, que excedem as possibilidades de atuação.¹⁹³

Existem dois mecanismos de controle dos riscos mencionados. O primeiro são as ciências sociais, que substituem o consenso por serem fonte de opiniões qualificadas. Elas não admitem contestação por parte do indivíduo médio, que não é especialista.¹⁹⁴

O segundo mecanismo é a *criação da imagem de uma realidade em crise*. Essa crise pode existir realmente ou não, pois sua existência de fato é irrelevante para o alcance dos efeitos da imagem crítica: ela simplifica as decisões a serem tomadas no âmbito administrativo, pois a radicalidade da situação deixa claro o que deve ser feito (e deve ser feito rápido). Simultaneamente, todas as outras questões, que não fazem parte do quadro crítico, são deixadas de lado por serem de menor importância.

Nas palavras de Claus Offe:

O outro mecanismo de controle, que dentro de certos limites é adequado para eliminar os riscos aos quais está exposta uma administração imediatamente vinculada aos processos consensuais, consiste em gerar a *imagem de uma realidade em crise*, seja essa crise real ou fictícia. Sob o ponto de vista da simplificação das situações decisórias, as crises apresentam uma vantagem dupla: elas fornecem critérios claros para o que deve ser feito, e relegam para um segundo plano as reivindicações que não podem ser formuladas no quadro de referência da crise, ou que parecem adiáveis.¹⁹⁵ [grifos no original]

A suposta crise do Judiciário tem essa dupla eficácia. Em primeiro lugar, ela determina o que deve ser feito – desafogar urgentemente os tribunais – e como deve ser feito – restringindo recursos, homogeneizando decisões. E, em segundo lugar, relega para segundo plano outras reivindicações, como a de maior efetividade para os provimentos jurisdicionais.

¹⁹³ OFFE, Claus. *Critérios de racionalidade e problemas funcionais da ação política administrativa*, p. 228-230.

¹⁹⁴ OFFE, Claus. *Critérios de racionalidade e problemas funcionais da ação política administrativa*, p. 230.

¹⁹⁵ OFFE, Claus. *Critérios de racionalidade e problemas funcionais da ação política administrativa*, p. 230.

Preocupações com a efetividade das decisões são adiadas, porque na presente situação crítica o importante é obter uma decisão, seja ela qual for. Pouco importa se ela poderá ou não ser efetivada, se o Judiciário se preocupa com essa efetivação ou se dispõe dos meios para realizá-la.

Um dos dados analisados pelo Conselho Nacional de Justiça é a taxa de congestionamento do terceiro poder, já mencionada no primeiro capítulo. Essa taxa se mantém estável em 71% desde 2004. O valor é alarmante, pois significa que mais de 70% dos processos brasileiros simplesmente não andam. Mas pior ainda é o congestionamento das execuções, que fica entre 81 e 91%. No Paraná, a taxa de congestionamento das execuções no primeiro grau e nos juizados especiais é de incríveis 91% - a absoluta maioria delas não progride.¹⁹⁶

O objetivo principal é descongestionar tribunais e a morosidade no primeiro grau de jurisdição é quase totalmente ignorada, juntamente com a falta de recursos humanos e materiais (que é uma de suas principais causas). É como se o processo no Brasil caminhasse perfeitamente na primeira instância e todos os problemas ocorressem a partir dos recursos. Mas não é isso que se constata de fato: a taxa de congestionamento dos processos de conhecimento no primeiro grau e juizados especiais do Paraná é de 80%.¹⁹⁷

Também são deixadas para depois as preocupações com o efetivo acesso à justiça. Como já mencionado, o acesso à justiça para aqueles que não têm condições de pagar custas ou honorários dos advogados (incluindo os honorários iniciais) foi assegurado pela Constituição, mas permanece sem efetividade em alguns estados do país – inclusive no Paraná. Garantir a isenção de custas é insuficiente se não for disponibilizado o acesso aos defensores. Aquele que não pode pagar as custas certamente não pode arcar com os altos custos da contratação de um advogado. E esses são só alguns exemplos de preocupações que são colocadas em segundo plano.

Na verdade, o diagnóstico de crise vem legitimando alterações no Código de Processo Civil desde 1973, passando pelas reformas na década de 1990, pelas

¹⁹⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009*, p. 170 e 178 (ver anexos).

¹⁹⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009*, p. 168 (ver anexos).

modificações pós EC n.º 45, até o Anteprojeto do novo CPC, elaborado em menos de um ano, por uma comissão composta por muitos juristas desconhecidos. O projeto, em sua exposição de motivos, declara que o objetivo não é modificar todo o sistema, somente organizar um código que foi retalhado tantas vezes.¹⁹⁸ O CPC é sim uma colcha de retalhos, mas o anteprojeto não é muito diferente, pois mantém muitos dos “retalhos”.

Muitas das mudanças foram irrefletidas: só isso explica a alternância entre regimes de agravo já descrita no primeiro capítulo. Os reformadores parecem não saber que as medidas já foram tomadas previamente e não obtiveram o resultado esperado. A doutrina, na maioria das vezes, resta perplexa ante tantas modificações, ofuscada pela gravidade da crise que precisa urgentemente ser resolvida.

Claus Offe também adverte que a simplificação dos processos decisórios e da legitimação das ações estatais pela imagem da realidade em crise “só é possível quando prevalece uma interpretação funcional da crise (i.e., ‘a crise é uma situação em que X deve ser realizado’) e não uma interpretação ‘causal’ (‘a situação foi provocada por certos interesses, ações, omissões, relações de poder’).”¹⁹⁹

Não por coincidência a crise do Judiciário é uma crise sem causa. A doutrina não sabe apontar exatamente o que leva ao problema, e a relação de causalidade resta prejudicada. Conforme já mencionado, causa e efeito se confundem, em questões circulares: o Judiciário é moroso porque está em crise ou está em crise porque é moroso?

Já foi explicada também a justificação de Cappelletti, segundo a qual a situação crítica foi causada pelo advento do Estado Social e pelo aumento dos deveres do Estado perante a população. O incremento da agenda estatal teria ocasionado um colapso do Judiciário, incapaz de prover tantas prestações quanto lhe eram exigidas.²⁰⁰

¹⁹⁸ Críticas do Professor Luiz Guilherme Marinoni, expostas na palestra proferida no Congresso de Direito Processual, em outubro de 2010, em Curitiba.

¹⁹⁹ OFFE, Claus. *Crítérios de racionalidade e problemas funcionais da ação política administrativa*, p. 230-231.

²⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, p. 706-707.

Entretanto, no Brasil nunca houve essa passagem de Estado Liberal, que não intervinha na economia nem na sociedade, para o Estado Social, ativo e interventor. As singularidades do caso brasileiro são tantas que a análise não pode ser feita nos mesmos moldes em que é realizada em outros países. “Não se deve encobrir, artificialmente, a circunstância de que o Brasil chega a pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno.”²⁰¹

O regime liberal brasileiro foi só de fachada, mesmo durante o século XIX, e continuou da mesma maneira no século XX. Os diplomas legais podiam até estabelecer o liberalismo, como ocorria com as Constituições de 1891, 1934, 1946 e o Código Civil de 1916,²⁰² mas na prática “sempre se deu a coabitação entre o público e o privado na economia”.²⁰³

A Crise de 1929 marca o início da grande intervenção estatal nos Estados Unidos e no mundo, mas como por aqui o Estado já tinha um perfil interventor, as mudanças não foram profundas, não houve uma grande ruptura.²⁰⁴

²⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*, p. 18.

²⁰² MOREIRA, Egon Bockmann. *Anotações sobre a história do direito econômico brasileiro (parte I: 1930-1956)*, p. 69, 72, 80 e 89.

²⁰³ MOREIRA, Egon Bockmann. *Anotações sobre a história do direito econômico brasileiro (parte I: 1930-1956)*, p. 69.

²⁰⁴ Na verdade, é possível contestar a existência dessa ruptura para qualquer país do mundo e desmentir a intensidade liberal do período liberal. O dogma liberal do Estado mínimo pressupunha uma sociedade civil estruturada sobre valores fortes e reguladores, e esses valores tiveram de ser construídos por uma espécie de engenharia social, a cargo do Estado. Dessa forma, o liberalismo europeu carregou um paradoxo desde o seu início: “Reivindicava-se da natureza individual, mas pressupunha a educação. Contava com os automatismos de uma certa forma de sociabilidade, mas tinha, primeiro, que construir essa sociabilidade. Propunha um governo mínimo, mas tinha que governar ao máximo, para poder, depois, governar um pouco menos.” *O liberalismo foi um projeto que precisou ir contra seus postulados teóricos para poder realizar seus pressupostos na prática.* Somente o Estado podia assegurar os incentivos, os amparos e a regulação que a sociedade demandava. Assim, o Estado conservador e guardião dos equilíbrios naturais da sociedade corporativa, típico do Antigo Regime, foi substituído pelo ideal de um governo ativo e conformador da ordem do mundo. A esse governo cabia a tarefa de destruir a velha ordem e construir uma nova: o governo da mão invisível do mercado precisou ser garantido a golpes de lei e até a golpes de sabre. Essas reflexões são baseadas nas aulas da Escola de Altos Estudos ministradas pelo Professor Doutor António Manuel Hespanha, no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, durante o primeiro semestre de 2009. Ver HESPANHA, António Manuel. *Guiando a mão invisível: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português*, p. 6-9.

Não há porque supor que o Estado Social é o grande culpado pela sobrecarga do Judiciário. Se fosse assim, o colapso do terceiro poder teria sido generalizado – poderia ser verificado em todos os países que adotam políticas típicas do Estado Social. Isso não ocorreu.²⁰⁵

No Brasil, alardeia-se que houve um grande aumento do acesso à jurisdição após a Constituição de 1988. Se isso se deu, certamente não foi por completo, conforme já mencionado. Se já existe uma situação “crítica”, pode se esperar pelo pior: se o objetivo é estender esse acesso de fato a toda população brasileira, os problemas estão apenas começando.

Em todo o caso, essa explicação para a crise não é muito defendida pela doutrina brasileira. Em geral, a situação é descrita sem que motivos sejam apontados e o diagnóstico é de crise anônima, sem causa e sem culpados. Se há algum culpado, são os advogados que insistem em interpor recursos a todo o tempo – mas alguém pode culpá-los por se valerem de institutos previstos por lei e, portanto, à sua disposição?

A ausência de relação de causalidade também depõe contra o próprio diagnóstico, pois um estado crítico, que foge à normalidade, deve ser provocado por um evento ou atuação desestabilizadora. Dessa forma, não há como verificar a cessação do desequilíbrio e o retorno à situação original e a diagnose pode ser estendida infinitamente, num problema insolucionável e que, ao mesmo tempo, comporta uma série de tentativas inexplicáveis de solução.

Não há como explicar uma tentativa de solução que não conhece nem procura conhecer a raiz do problema. Sem indagar a relação de causalidade do estado atual do Judiciário brasileiro, a série de medidas que são e foram tomadas mais parecem golpes a esmo, que não têm a menor ideia do que deveriam erradicar. Antes de seguir alterando a legislação, deveria ser definido o que exatamente se quer combater, caso contrário se está atacando moinhos de vento.²⁰⁶

²⁰⁵ Tome como exemplo o caso da Alemanha, um Estado cujas políticas sociais funcionam muito melhor que no Brasil, e tem um Judiciário muito mais eficiente.

²⁰⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*, p. 235.

De fato, o efeito simplificador da imagem de uma realidade em crise só funciona na ausência de culpados – somente para crises anônimas.²⁰⁷ E aqui certamente predomina uma interpretação funcional, em que só se diz o que deve ser feito, sem nunca explicar exatamente o porquê. A “crise” do Judiciário é uma crise sem causa e sem culpados.

4. Abandonando o senso comum teórico: problemas estruturais

Após analisar duas acepções diferentes da ideia “crise”, é perceptível que nenhuma delas pode ser aplicada ao Judiciário brasileiro. Não se trata de um período crítico, pois não há um período normal com que ele possa ser comparado. Ressalte-se mais uma vez que não é porque algo funciona mal que pode se dizer que está em crise. Tampouco é possível fazer essa afirmação tomando o termo como situação que precede uma revolução científica e uma mudança de paradigma, pois o Processo Civil não está nada perto de tamanha subversão. Além disso, a diagnose tem suas serventias e é conveniente continuar a mantê-la pelas facilidades que acarreta. O conservadorismo brasileiro

especializou-se, no mais alto grau, em alterar constantemente nossas leis e todo o sistema normativo, sem no entanto nada transformar efetivamente, de modo que o “diálogo” que o poder estabelecido mantém com a nação, através das leis, se faça tão convincente quanto inócuo; e assim evitem-se as reformas estruturais que nosso país tanto necessita.²⁰⁸

Rejeitando o diagnóstico corriqueiro do Poder Judiciário, é possível apontar outra causa para o seu mau funcionamento. Ao invés de sair em busca um elemento desestabilizador (que não existe), basta admitir que o sistema funciona exatamente da

²⁰⁷ OFFE, Claus. *Crítérios de racionalidade e problemas funcionais da ação política administrativa*, p. 231.

²⁰⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *A “plenitude da defesa” no processo civil*, p. 163.

forma em que foi idealizado. Seus defeitos só foram potencializados pela sociedade de massas, mas são os mesmos desde a sua fundação.

As razões para a baixa eficiência do terceiro poder são exatamente as bases sobre as quais está sedimentado. Como já foi afirmado, ao priorizar a segurança, o sistema renegou a celeridade, que seria indispensável à sua efetividade.²⁰⁹ O Judiciário brasileiro hoje opera a partir de um processo que prefere um provimento certo (fundado em um juízo de certeza) e que foi objeto de inúmeros recursos a um provimento efetivo e útil.

O que está no cerne da ineficácia da jurisdição não é uma crise passageira: são *problemas estruturais*. Estão na base do sistema, são fundantes. Se o que se busca é um Judiciário mais eficiente, mais célere e que corresponda às expectativas da população, as questões relevantes estão na estrutura. Recortes, colagens e pastiche do Código de Processo Civil não trarão os resultados esperados. As medidas adotadas até hoje, além de falharem por razões internas à sua racionalidade (já apontadas – por somente empurrarem o trabalho para instâncias inferiores e por confiarem em efeitos educativos que não funcionam), fracassam por tratarem de forma funcional questões que não comportam tal tratamento.²¹⁰

Ressalte-se, mais uma vez, nas palavras de Ovídio Batista da Silva, que “o Poder Judiciário funciona satisfatoriamente bem, em nosso país. Os problemas da justiça são *estruturais*. Não *funcionais*. Ele atende rigorosamente bem o modelo que o concebeu.”²¹¹ As tentativas de melhorar o terceiro poder e solucionar a “crise” concentraram-se em aspectos funcionais, superficiais. A estrutura do processo civil não foi questionada.

Nossa percepção, entretanto, não alcança os problemas *estruturais*, que condicionam a atual situação do Poder Judiciário – seja porque eles se tornaram, para nossa compreensão, “naturais”, como o dia e a noite e o movimento dos astros –, seja por parecerem-nos, de qualquer medo, como inalteráveis – a verdade é que a

²⁰⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Da função à estrutura*, p. 11.

²¹⁰ Na verdade, a questão estrutura x função comporta uma análise muito mais complexa, mas desviaria o rumo do presente trabalho.

²¹¹ Grifos no original. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Da função à estrutura*, p. 11.

estrutura do sistema não é questionada, nem problematizada pelos que sofrem danos de uma justiça que perdeu, até mesmo, a desejada *funcionalidade*.²¹² [grifos no original]

É como se esses problemas estruturais fossem absolutamente naturais e, ao invés de combatê-los, todas as atenções são voltadas para uma crise que não existe. As questões mais importantes são deixadas de lado, em nome de um falso diagnóstico, que jamais é questionado. Mas se a situação atual do Judiciário não se encaixa em nenhuma das acepções de crise, como já demonstrado, torna-se possível abandonar o senso comum teórico e rejeitar não só a diagnose equivocada, como também as tentativas fracassadas de solucioná-la. A partir de uma outra perspectiva de análise, novas respostas podem ser concebidas.

Antes de tudo, é preciso deixar claro que buscar uma forma de conciliar os dois valores – segurança e celeridade – em absoluto é impossível. Para ser rápido e eficaz, o sistema precisa dar primazia ao segundo valor, e fazer concessões no que é considerado como fonte de segurança, como as várias e amplas possibilidades de impugnação das decisões.

Por sua vez, a gravidade dessas concessões pode também ser questionada. Muitas das características do sistema que são vistas como garantias de segurança podem, na verdade, propiciar pouca ou nenhuma segurança. Assim, deixar essas características de lado não importará em menos segurança, mas poderá trazer incrementos à efetividade. Em todo o caso, importa destacar que são necessárias novas soluções para que haja uma mudança efetiva.

A partir dessa constatação, surge a oportunidade de questionar o sistema processual como um todo e, numa nova dimensão de análise, apontar suas disfunções básicas.

Conhecendo essas disfunções, abre-se a possibilidade de optar por uma fundamentação diferente e estabelecer mediações que se conformem a ela. Mas também seria possível conhecer as verdadeiras vicissitudes do sistema e optar por mantê-lo como está – ao menos a escolha seria, então, mais consciente. Esse não é,

²¹² SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. *Da função à estrutura*, p. 11.

entretanto, o objetivo do presente trabalho e, por isso, na próxima etapa, serão questionados as metas e os objetivos do processo civil.

CAPÍTULO III – SEGUNDA DIMENSÃO: VERDADE E FACTIBILIDADE

*“The pursuit of utopia ends up licensing every form of excess,
all ruthless means of its realization”²¹³*

Ian McEwan

1. A busca da verdade no processo: diferentes concepções

A verdade substancial ainda é um dos princípios tidos como fundamentais no Processo Civil e ela possui importante função legitimadora para as decisões jurisdicionais.²¹⁴ Ela vem imediatamente atrelada à ideia de justiça, no sentido que o papel do processo é investigar e acertar a verdade dos fatos para depois fazer incidir sobre eles a norma cabível: somente um processo assim poderia ser considerado como justo.

Essa é, de fato, a visão que predomina no imaginário popular e que atende ao apelo emocional da população. O sistema processual descrito é visto como “aquele verdadeiramente idôneo a fazer triunfar a *justiça* e a *verdade* e como a mais pura e genuína expressão de um Estado profundamente democrático”.²¹⁵

Verdade e justiça estão atreladas nessa concepção,²¹⁶ que pode ser relacionada à velha fórmula *suum cuique tribuere*, segundo a qual deve-se dar a cada um o que é

²¹³ Em *Saturday*. Tradução livre: “A busca da utopia acaba autorizando todo tipo de excessos, todos os meios cruéis para sua realização.”

²¹⁴ O autor estabelece isso como ponto de partida para depois criticá-lo. ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade substancial*, p. 685-686. Ver também, do mesmo autor, *A verdade e a prova no processo civil*, p. 2-4.

²¹⁵ Tradução livre de: “... *quello veramente idoneo a far trionfare la giustizia e la verità e come la più genuina ed autentica espressione di uno Stato profondamente democratico.*” [grifos no original] MONTELEONE, Girolamo. *Intorno al concetto di verità “materiale” o “oggettiva” nel processo civile*, p. 5.

²¹⁶ De acordo com Kelsen, somente uma concepção primitiva do princípio retributivo ou da regra do talião (olho por olho, dente por dente), que não distingue entre interpretação explicativa e interpretação normativa, pode identificar verdade com justiça. Não obstante, é assim que a justiça é vista por boa parte das pessoas. KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*, p. 67.

seu – e isso só pode ser feito no processo se for descoberta a verdade dos fatos, o que realmente ocorreu, para que depois seja atribuído a cada um o que lhe é cabido.

Essa fórmula certamente tem grande apelo popular: se confrontadas com o seu enunciado, muitas pessoas o definem como justo, ou como a própria definição daquilo que é o justo.²¹⁷ Pode, talvez, ser considerada a fórmula de justiça mais frequentemente usada.²¹⁸

“*Suum cuique tribuere*”, na verdade, é a fórmula do justo característica do Antigo Regime e da ideia de que havia uma ordem divina e natural do mundo, que devia ser sempre respeitada. A cada pessoa devia ser dado o que era dela, de acordo com a ordem das coisas. Tratava-se, portanto, de um ideal conservador para o governo da sociedade, que defende que tudo deve ser mantido como está e como sempre foi, a fim de que haja manutenção da ordem.²¹⁹

O que passa despercebido por aqueles que afirmam que essa seria a definição do justo é que a fórmula é absolutamente vazia. Ela só diz que se deve dar a cada um o que é seu, sem dizer na verdade o que é que deve ser dado a cada um. Não há como saber o que determina o que é de cada um: ela conduz à tautologia que a cada qual deve ser dado aquilo que lhe deve ser dado. A sua aplicação pressupõe a existência de uma ordem normativa que explique o que é para cada um.²²⁰

Em relação ao processo civil brasileiro, alguém poderia replicar que a cada um deve ser dado aquilo que é estabelecido como seu pelo ordenamento jurídico brasileiro. Presumindo-se que as normas jurídicas estão prontas e claras e que devem ser aplicadas aos fatos por meio de um silogismo normativo – do tipo premissa maior

²¹⁷ O enunciado foi objeto de uma pesquisa informal da autora do trabalho, que perguntou a pessoas de diferentes idades, profissões e classes sociais o que achavam da ideia de “dar a cada um o que é seu.”

²¹⁸ KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*, p. 53.

²¹⁹ O fato de que até hoje ela é interpretada como fórmula do justo talvez demonstre mais uma permanência na História (que muitas vezes é interpretada como uma sequência de rupturas, ignorando-se, dessa maneira, o que permanece com o passar do tempo). Sobre o Antigo Regime, a ordem e *suum cuique*, ver XAVIER, Ângela Barreto; HESPANHA, António Manuel. *A representação da sociedade e do poder*, p. 113-116. Sobre permanências e rupturas, ver HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*, p. 43.

²²⁰ KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*, p. 53-54.

como norma jurídica, premissa menor como o fato verdadeiro (apreendido tal como ocorreu pelo processo de conhecimento) e a conclusão como a aplicação da norma ao fato – tudo está resolvido.²²¹ Agora, se a compreensão que se tem do Direito defende que as normas precisam ser interpretadas antes de serem aplicadas, o problema da tautologia do *suum cuique* permanece. É apenas após a interpretação que ficará definido o que é de cada um.

Após todas essas ressalvas, pode-se afirmar que essa é a concepção de justiça, atrelada à verdade, que parece guiar o processo civil brasileiro. Boa parte da doutrina defende que o processo deve buscar a verdade “real” – ela não é nem chamada de verdade material, como se não existisse a distinção entre verdade formal e material e como se a verdade buscada pelo processo civil fosse superior a essa dicotomia: uma verdade magnânima, superior, divina até.

Mas o juiz moderno tem solene compromisso com a justiça. Não só deve participar adequadamente das atividades processuais, endereçando-as à *descoberta de fatos relevantes* e correta interpretação da lei, como ainda (e principalmente) buscando oferecer às partes a solução que realmente realize o escopo de fazer justiça.²²² [grifou-se]

Há ainda quem veja que a busca pela verdade real como um símbolo do progresso da ciência processual, pois antes o processo era visto como um jogo entre as partes. O juiz não se preocupava em descobrir a “verdade propriamente dita” (seja lá o que isso quer dizer) e simplesmente verificava qual litigante se saía melhor na competição processual. De acordo com essa linha de raciocínio, só se alcançava uma verdade formal, “que impregnava o julgamento de uma alta dose de injustiça”.²²³

De acordo com essa concepção, após o Iluminismo e a Revolução Francesa, os objetivos da atividade judicante teriam sido radicalmente alterados. A busca pela

²²¹ Sobre o silogismo normativo e suas diferenças frente ao silogismo teórico, ver Kelsen, Hans. *A justiça e o direito natural*, p. 49-50.

²²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 61.

²²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna)*, p. 6.

verdade “real” seria coerente com um processo civil de caráter publicístico, que procura justiça e “pacificação social sob o império da lei”. E, mesmo consciente da impossibilidade de alcance da verdade real, o autor insiste nela:

Embora a verdade real, em sua substância absoluta, seja um ideal inatingível pelo conhecimento limitado do homem, o compromisso com sua ampla busca é o farol que, no processo, estimula a superação das deficiências do sistema procedimental. E é, com o espírito de servir à causa da verdade, que o juiz contemporâneo assumiu o comando oficial do processo integrado nas garantias fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito.²²⁴

A busca por essa verdade, entretanto, não parece estimular a superação das deficiências do processo, mas sim de acentuá-las. Ela serve, principalmente, para justificar a morosidade processual e a existência de vários e vários recursos.

O alcance da verdade “real” serve principalmente para justificar a iniciativa probatória do juiz e sua postura ativa em um processo que ainda é marcadamente individualista e de caráter liberal: “perceberam os processualistas a necessidade de postura ativa do juiz para a busca da *verdade real*, afastando a aplicação irrestrita do princípio dispositivo, e não apenas na atividade probatória”.²²⁵

Na mesma linha, para justificar a iniciativa probatória do juiz, afirma-se que “quanto melhor os fatos estiverem representados nos autos, maior a possibilidade de um provimento justo, que expresse perfeitamente a regra jurídica do caso concreto. E somente um resultado como esse possibilitaria a verdadeira paz social”.²²⁶ Tivesse o processo perdido a vinculação com a perspectiva liberal, talvez essa justificativa para o papel ativo do juiz fosse desnecessária. A sua atuação só é vista como prejudicial por uma postura que identifica qualquer intervenção estatal na vida privada como algo invasivo e negativo: não é necessário partir da verdade real para justificar essa postura dos magistrados.

²²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna)*, p. 7.

²²⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé objetiva*, p. 64.

²²⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, p. 55.

A insistência no tema não é privilégio da doutrina brasileira, já que também na Itália as discussões sobre o assunto são acirradas. Os defensores da verdade real chamam seus opositores de “verifóbicos” ou de “novos céticos” e classificam suas posturas pós-modernas de relativistas e nihilistas.²²⁷

Estamos diante de uma clara expressão de relativismo radical referente ao problema da verdade, que representa uma das manifestações mais típicas – e menos defensíveis – do pós-modernismo. (...) O meu relativismo é aquele de quem não crê numa verdade absoluta mas pensa que *a verdade de um enunciado seja determinada por sua correspondência com a realidade que o enunciado descreve*, na ótica do realismo crítico.²²⁸ [grifou-se]

A verdade dos fatos é vista como condição necessária para a justiça da decisão. Um justo processo que leva a uma decisão não verdadeira termina, portanto, em uma decisão injusta.²²⁹ Defende-se, inclusive, que o processo tem uma dimensão epistêmica, no sentido de voltado ao conhecimento dos fatos.²³⁰

Essa abordagem já havia sido descartada por Francesco Carnelutti na década de 1960. O autor mudou a posição que defendia anteriormente, já que antes havia afirmado que o escopo do processo era a investigação da verdade substancial e que seu resultado era a obtenção de uma verdade formal. Passou a asseverar que a verdade era uma só e inalcançável por meio do processo. Em suas palavras: “nem eu sabia, naquele tempo, que coisa fosse e por que, sobretudo, nem o processo, nem através de

²²⁷ TARUFFO, Michele. *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, p. 1001-1002.

²²⁸ Tradução livre de: “*siamo di fronte ad una chiara espressione di relativismo radicale riferito al problema della verità, che rappresenta una delle manifestazioni più tipiche – e meno difendibili – del postmodernismo. (...) Il mio relativismo è quello di chi non crede nelle verità assolute ma pensa che la verità di un enunciato sia determinata dalla sua corrispondenza con la realtà di ciò che l'enunciato descrive, nell'ottica del realismo critico.*” TARUFFO, Michele. *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, p. 1002.

²²⁹ A concepção de verdade de Taruffo é tida como superada pela filosofia contemporânea, como se verá. TARUFFO, Michele. *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, p. 1003. Para uma concepção análoga à de Taruffo, mas com ressalvas as suas considerações em relação ao *adversarial system* dos países de *common law*, ver CHIARLONI, Sergio. *La verità presa sul serio*, p. 695-706.

²³⁰ Para uma exposição dessa dimensão e de um argumento contrário a ela, ver CAVALLONE, Bruno. *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, p. 19-21.

algum outro modo, a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem”.²³¹ Assim, pode-se perceber que a busca por uma verdade substancial no processo já havia sido abandonada por um de seus maiores teóricos há mais de cinquenta anos, mas a concepção invariavelmente retorna, por ter forte apelo ao senso comum.

Aqueles que se opõem a essa busca irreal por uma verdade “real” acabam ressaltando aspectos formais do processo. Chegam a afirmar que a busca pela verdade é incompatível com a justiça, pois é característica de um processo inquisitório. Violaria, assim, os princípios constitucionais da imparcialidade do juiz e do contraditório.

O conceito de *verdade material* é em si equivocado e inconsistente, porque pressupõe uma indemonstrável contraposição com uma outra *verdade* de impossível definição, sendo essa uma só e sem adjetivos. Ainda, o seu acerto é um fim estranho à jurisdição civil, que serve para acertar e tutelar *direitos* ao invés de *verdade*, mais ou menos material.²³² [grifos no original]

A concepção publicística do processo nesses termos (que envolvem uma postura ativa do juiz) é vista como característica de um paternalismo policaresco e de autoritarismo estatal.²³³ Os defensores dessa posição parecem fortemente comprometidos com uma visão liberal do Estado.

Esses, que abandonam a verdade como fator legitimador do processo, saem à procura de outro meio de validá-lo. A ênfase, assim, é colocada no contraditório e em uma legitimação formal da decisão judicial. O radicalismo chega a ponto de se afirmar que o contraditório seria a característica principal e diferenciadora do processo. Dessa

²³¹ CARNELUTTI, Francesco. *Verdade, dúvida e certeza*, p. 606. O autor, na verdade, acabou adotando uma posição mais cética, com a qual não se concorda. Ele foi influenciado, principalmente, pelas ideias de Heidegger.

²³² Tradução livre de: “*il concetto di verità materiale è in se equivoco ed inconsistente, perché presuppone una indimostrabile contrapposizione con un'altra verità di impossibile definizione, essendo essa una sola e senza aggettivi. Inoltre, il suo accertamento è un fine estraneo alla giurisdizione civile, che serve invece ad accertare e tutelare diritti e non verità, più o meno materiali.*” MONTELEONE, Girolamo. *Intorno al concetto di verità “materiale” o “oggettiva” nel processo civile*, p. 11.

²³³ MONTELEONE, Girolamo. *Intorno al concetto di verità “materiale” o “oggettiva” nel processo civile*, p. 8-9.

forma, constrói-se toda uma teoria processual fundada e baseada na ideia de contraditório.²³⁴

A partir disso, a doutrina passou a defender que “a possibilidade de participar em concreto da formação do convencimento do juiz favorece sem dúvida a formação de decisões ‘justas’”.²³⁵ E dessa teorização surgiu a ideia de nulidade da sentença surpresa: as decisões fundadas em questões que podem ser decididas de ofício pelo juiz sem que haja a manifestação das partes sobre o assunto são assim consideradas nulas. Essa ideia foi concretizada no Código de Processo Civil italiano e a doutrina procurou interpretá-la de forma restritiva.²³⁶

No Brasil, ideias similares (contraditório como não-surpresa) começam a ganhar espaço.²³⁷ Mas aqui o fenômeno ganha contornos próprios: é possível ver um mesmo autor defendendo o contraditório como dever e, simultaneamente, um processo voltado à verdade real, valendo-se dos dois fundamentos legitimadores ao mesmo tempo.²³⁸

Os adeptos da ideia de verdade “real” afirmam que os defensores dessa perspectiva, de ênfase formal e por eles chamada de “ritualística”, não se preocupam com o conteúdo ou a qualidade das decisões. O processo não pode ser (de acordo com essa crítica) uma “peça teatral bem recitada”, e uma decisão produzida por um ritual bem executado não é justa por si só.²³⁹

²³⁴ Essa é a perspectiva de Fazzalari, que procura, assim, diferenciar o processo do Direito Civil. Segundo ele, o uso de categorias civilistas, como o de relação jurídica, como basilares no Direito Processual feriria a autonomia da ciência. Trata-se de preocupação extremamente formalista e típica da fase autonomista (a atual, como já afirmado) da ciência. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*, p. 76.

²³⁵ Tradução livre de: “*la possibilità di partecipare in concreto alla formazione del convincimento del giudice favorisce senza dubbio il formarsi di decisioni ‘giuste’.*” GRADI, Marco. *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”*, p. 827.

²³⁶ Todo o artigo de Marco Gradi, já citado, sobre o assunto procura restringir a interpretação do texto da lei. GRADI, Marco. *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via.”*

²³⁷ Ver o já citado artigo de Dierle Nunes: *Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (Lei 11.277/2006)*.

²³⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé objetiva*, p. 59 e ss.

²³⁹ TARUFFO, Michele. *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, p. 1003.

O processo fica, assim, entre a cruz e a espada: ou se defende a busca por uma verdade imaginária ou se aceita que ela é inalcançável e se procura fundar a legitimidade da decisão em outra coisa – no caso, o contraditório.²⁴⁰ Não existe um meio termo entre a cega defesa da verdade “real” ou uma obsessão pela verdade formal. Ressalte-se que, para os defensores da verdade, todos que não a perseguem são céticos incuráveis.

Nesse cenário de radicalismos, ainda podem ser encontradas algumas posições mais lúcidas, como a de Fredie Didier Jr., que ressalta que a verdade é inatingível:

Sucede que a verdade real é algo, do ponto de vista lógico-temporal, inatingível; não deixa de ter um caráter mitológico. É utopia imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento, até porque a verdade sobre algo que ocorreu outrora é ideia antitética. Não é possível a verdade sobre o que ocorreu; ou algo aconteceu, ou não. (...) *Assim é que a verdade real é meta um tanto quanto inatingível, até porque, além da justiça, há outros valores que presidem o processo, como a segurança e a efetividade: o processo precisa acabar.*²⁴¹ [grifou-se]

Como bem enfatiza o autor, existem outros valores que informam o processo, como segurança e, principalmente, efetividade. O processo precisa encontrar um fim, e essa exigência inescapável é incompatível com a busca da verdade.

Sérgio Cruz Arenhart defende há anos a superação da busca pela verdade substancial, e que a tentativa de alcançá-la não passa de mera utopia.²⁴²

Acreditar que o juiz possa analisar, objetivamente, um fato, sem acrescentar-lhe qualquer dose de subjetividade, é pura ingenuidade. Esta análise, *de per si*, já envolve certa valoração do fato, alterando-lhe a substância e inviabilizando o conhecimento do fato objetivo, tal como ocorreu.²⁴³

²⁴⁰ Outra alternativa é simplesmente não fazer referência ao problema, apenas afirmando que a tutela jurisdicional é voltada àquele que tem razão, ou “em favor de quem está respaldado no plano material do ordenamento”, sem explicar com maiores detalhes sobre o que é ter razão. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, p. 28.

²⁴¹ DIDIER JR, Fredie. *Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro*, p. 20.

²⁴² ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade e a prova no processo civil*, p. 11. Ver também MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, p. 27.

²⁴³ ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade substancial*, p. 688.

É impossível que o juiz analise o fato deixando de lado sua subjetividade, não só porque ele não pode descobrir “o fato tal como ele ocorreu”, mas porque isso não existe. Os fatos não só *não podem* ser apreendidos objetivamente: eles nem mesmo *acontecem* objetivamente, de acordo com uma outra concepção da realidade.

2. Dicotomias artificiais

Falar de verdade é certamente uma empreitada ambiciosa. O problema ocupou boa parte dos filósofos ao longo da história e comporta diversas abordagens; por isso, recortes são necessários. Entretanto, sabe-se que qualquer recorte realizado pode ser questionado por si só.

Consciente dos problemas acarretados pela escolha (por qualquer escolha), trabalha-se com um recorte típico da filosofia analítica, que leva o problema da verdade ao seu ponto de partida: a relação entre mente e realidade, pensamento e ser. Essa perspectiva se opõe àquelas que consideram ser e linguagem como indissociavelmente unidos.²⁴⁴

Nessa perspectiva, adverte-se já de início, a dicotomia verdade “real” (ou material) e verdade formal não tem razão de ser. É uma dicotomia com a qual se está acostumado, mas que não precisa subsistir, especialmente a partir da adoção de uma concepção mais complexa da realidade.

Para explicitar essa outra concepção do real, primeiramente cabe diferenciar entre duas perspectivas filosóficas distintas. De acordo com Hilary Putnam, a primeira delas é o realismo metafísico, que afirma que o mundo existe independentemente da

²⁴⁴ Como a fenomenologia de Heidegger e a hermenêutica de Gadamer. PINTORE, Anna. *Il diritto senza verità*, p. 13. A perspectiva adotada é a do filósofo estadunidense Hilary Putnam, que segundo Jürgen Habermas, na verdade é representante de uma corrente particular da filosofia analítica. Isso será explicado posteriormente. HABERMAS, Jürgen. *Filosofia hermenêutica e filosofia analítica: duas versões complementares da virada linguística*, p. 83.

mente (ou da subjetividade) dos seres humanos.²⁴⁵ Há apenas uma descrição verdadeira da realidade e ela independe dos seus observadores. Essa perspectiva é *exteriorista*, pois o ponto de vista verdadeiro é uma espécie de “olho de Deus”, que tudo vê. Essa parece ser a perspectiva da chamada “verdade real” do processo.

A segunda perspectiva é *interiorista*, que aceita a possibilidade de várias descrições verdadeiras acerca da realidade. Não existe a perspectiva do “olho de Deus” e tampouco há existência independente das mentes dos sujeitos e de suas subjetividades.

Para expor o absurdo da perspectiva exteriorista é preciso partir da teoria da verdade como correspondência, reinante na filosofia (com algumas variações de acordo com cada filósofo) até Kant. Filósofos antigos e medievais a atribuíram a Aristóteles, e ela também pode ser chamada de teoria da referência como semelhança, pois, segundo ela, a imagem mental de qualquer coisa partilha algo em sua forma com o próprio objeto exterior: seria uma espécie de fantasma semelhante ao que existe fora da mente.

Assim, a operação cognitiva, para produzir conhecimento verdadeiro, produz uma relação de identidade, ou de semelhança entre os elementos do conhecimento e os elementos do objeto. Forma-se, dessa maneira, um retrato do objeto.²⁴⁶

A teoria se articula ao redor de três ideias: a) um enunciado é verdadeiro se a realidade é do modo indicado por ele; b) a realidade é independente do conhecimento humano; e c) um enunciado é sempre verdadeiro ou falso (não há uma terceira opção).²⁴⁷

Essa teoria foi aos poucos sendo contestada.²⁴⁸ Inicialmente, percebeu-se que a imagem mental somente partilha algumas das propriedades do objeto real, como o movimento e a posição. Outras, como a cor ou a textura, seriam totalmente

²⁴⁵ PUTNAM, Hilary. *Razão, verdade e história*, p. 77-79.

²⁴⁶ LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*, p. 38.

²⁴⁷ PINTORE, Anna. *Il diritto senza verità*, p. 129.

²⁴⁸ Aqui será seguida a descrição da contestação dessa teoria de acordo com o trabalho de Putnam.

diferentes.²⁴⁹ Alguns filósofos foram mais adiante e defenderam que a imagem mental não partilha nenhuma das propriedades do objeto externo: mesmo o movimento e a posição de um objeto podem ser percebidos de maneira diferente por vários observadores ou pelo mesmo observador em situações diferentes. Tal conclusão levou à afirmação de que a matéria não existe realmente,²⁵⁰ ou seja, procurar uma perspectiva objetiva do real seria completamente inútil.

Não é preciso aceitar uma concepção tão radical para rejeitar a perspectiva exteriorista, que busca um ponto de vista exterior à subjetividade humana. E é necessário rejeitá-la, já que *nada que pode ser dito acerca de um objeto o descreve independentemente dos seus efeitos no observador*.

O “correspondentismo” acaba revelando um realismo ingênuo em sua perspectiva ontológica (a crença numa realidade “em si”, pura) que se traduz numa epistemologia “acriticamente passiva” por defender que a experiência é um meio neutro para atingir essa realidade. Além disso, a linguagem é vista como uma fotografia dos fatos.²⁵¹ Ressalte-se que nada disso é demonstrável.²⁵²

O problema da teoria da verdade como correspondência está justamente na suposição da semelhança entre imagens mentais e mundo real. Tudo é semelhante a tudo em algum aspecto. A pergunta “A é semelhante a B?”, sem uma explicação de a qual característica a questão se refere, é absolutamente sem sentido. E ainda: para realizar uma única correspondência entre um domínio e outro (a correspondência “verdadeira”), afirmando que são semelhantes, é preciso ter acesso a ambos os

²⁴⁹ Dessa suposição surgiram os primeiros questionamentos acerca da uniformidade na percepção dessas propriedades, como por exemplo a cor. O vermelho de uma pessoa é exatamente igual ao de todas as outras; ou seria essa igual percepção meramente ilusória, já que todos aprenderam a chamar aquela cor (que poderia ser verde ou azul) de *vermelho*? PUTNAM, Hilary. *Razão, verdade e história*, p. 86.

²⁵⁰ Consequentemente, tudo estaria dentro das cabeças das pessoas e somente lá. PUTNAM, Hilary. *Razão, verdade e história*, p. 87-88.

²⁵¹ PINTORE, Anna. *Il diritto senza verità*, p. 131.

²⁵² Hoje se defende que, no máximo, a verdade como correspondência deve ser tomada como um ideal regulativo, que “coloca a realidade como limite ao imperialismo cognoscitivo causado pela subordinação do mundo à mente humana.” Tradução livre de: “*pone la realtà come limite all'imperialismo conoscitivo conseguente della subordinazione del mondo alla mente umana*.” PINTORE, Anna. *Il diritto senza verità*, p. 133.

domínios. *Não é possível selecionar a correspondência “verdadeira” entre o mundo real e as imagens mentais se não há como acessar tal mundo independentemente da subjetividade e da linguagem.*²⁵³

Além disso, a teoria dá à experiência o papel de perceber os fatos e as coisas no mundo, numa função exclusivamente contemplativa. Os sujeitos não dão nenhuma contribuição, pois a objetividade do conhecimento anula todos os aspectos construtivos da atuação humana.

O falibilismo do conhecimento só pode ser explicado pelo entrelaçamento de construção e experiência.²⁵⁴ Muitas vezes, as teorias científicas se mostram incorretas, imprecisas ou incompletas. Se a experiência fosse mesmo capaz de apreender “as coisas como elas são” não haveria espaço para erro, imprecisão ou incompletude: “apenas a contribuição construtiva de nossas operações para o saber explica por que a ampliação do saber deve passar pela eclusa da revisão permanente do saber existente e por que um saber bem fundamentado também pode ser falso”.²⁵⁵ Os processos de aprendizagem só fazem sentido a partir do abandono dessa ingênua perspectiva.

Para que uma interpretação, que era racionalmente aceitável em suas condições de conhecimento, possa ser reconhecível como erro em outra situação epistêmica, é preciso que o fenômeno a ser explicado não se perca na transição de uma interpretação para outra. Deve-se poder manter a referência ao mesmo objeto, a despeito de diferentes descrições.²⁵⁶

Putnam acredita que, dessa forma, é possível invalidar uma teoria que resistiu por dois mil anos. A ideia de verdade por correspondência só resistiu por tanto tempo devido a sua naturalidade e pelo desejo humano de uma perspectiva do “olho de Deus”. Essa perspectiva exteriorista atende a um impulso natural, mas deve ser abandonada, pois é a principal causa de falsas dicotomias que dominam as ciências humanas em geral, como entre a concepção objetiva e subjetiva da verdade, ou entre

²⁵³ PUTNAM, Hilary. *Razão, verdade e história*, p. 101.

²⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *Introdução – realismo após a virada da pragmática linguística*, p. 41.

²⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Introdução – realismo após a virada da pragmática linguística*, p. 41.

²⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. *Introdução – realismo após a virada da pragmática linguística*, p. 42.

fato e valor. A ausência do “olho de Deus”, entretanto, é extremamente incômoda, apesar de poder ser facilmente percebida.²⁵⁷

É inútil, de acordo com essa concepção filosófica, tentar separar mente e mundo. Mas isso não significa que a mente humana constitui toda a realidade. A ideia é muito mais complexa: “o mundo e a mente constituem conjuntamente o mundo e a mente”.²⁵⁸ Não é só a subjetividade que constrói a realidade, mas a realidade também afeta a subjetividade, em uma relação circular, em que uma influencia a outra, de modo que são totalmente indissociáveis.

Após a virada linguística, foi inaugurado um novo paradigma filosófico. Os defensores dessa perspectiva exteriorista depararam-se com o desafio de “conciliar a suposição de um mundo independente de nossas descrições, idêntico para todos os observadores, com a descoberta da filosofia da linguagem segundo a qual nos é negado um acesso direto, não mediatizado pela linguagem, à realidade ‘nua’”.²⁵⁹

Na verdade, após a virada, tornou-se insustentável a forma clássica dessa perspectiva, que se apoia na correspondência entre proposições e fatos. Restou-se vedado o acesso não mediado pela linguagem a uma realidade interna ou externa.²⁶⁰

Duas perspectivas surgiram no novo paradigma da Filosofia: a hermenêutica e a analítica. A versão aqui defendida, a partir das ideias de Hilary Putnam, é uma vertente particular da segunda perspectiva, que permite “levar a sério a virada linguística no sentido de uma troca de paradigmas, sem ter, por isso, de pagar o preço da assimilação culturalista do ser verdadeiro ao mero ter-por-verdadeiro”.²⁶¹

²⁵⁷ É inútil tentar separar fatos reais e a percepção ou descrição deles. Um grande número de engenheiros e físicos é totalmente incapaz de descrever um movimento aparente, uma vez que já conhecem a verdadeira explicação do movimento real. Pelo mesmo motivo, todas as pessoas afirmam ver um tampo de mesa redondo mesmo quando o observam de um ângulo oblíquo – e veem, portanto, uma elipse. PUTNAM, Hilary. *Razão, verdade e história*, p. 96-97.

²⁵⁸ PUTNAM, Hilary. *Razão, verdade e história*, p. 17.

²⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Introdução – realismo após a virada da pragmática linguística*, p. 8. Também em *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. I, p. 28.

²⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Introdução – realismo após a virada da pragmática linguística*, p. 17 e 19.

²⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Filosofia hermenêutica e filosofia analítica: duas versões complementares da virada linguística*, p. 83 e p. 63-73.

Dessa forma, é possível evitar o ceticismo gerado pela suspeita de que o mundo, “tal como é em si”, escapa das experiências humanas.²⁶² Não é porque a linguagem tem papel determinante na constituição do real que a confusão entre “ser verdade” e “parecer verdade” é inevitável.

A partir dessa particular concepção de realidade, é possível analisar novamente as dicotomias reinantes na tradição das ciências sociais, como a entre *enunciado de fato* e *juízo de valor*, que alcançou posição de instituição cultural, e tende a continuar enraizada na sociedade por muito tempo. Mesmo com tanta resistência, é preciso defender que tanto enunciados fáticos quanto práticas de investigação científica pressupõem valores.²⁶³

Avaliação e descrição são interdependentes e estão entrelaçados,²⁶⁴ mas sua separação radical foi vital para o desenvolvimento do empirismo clássico e, posteriormente, do positivismo lógico. Mas a principal consequência do desenvolvimento dessa dicotomia foi a total exclusão dos julgamentos éticos, estéticos e metafísicos do domínio da ciência.²⁶⁵ Somente seriam científicos os juízos sintéticos, verificáveis ou falseáveis por meio da experiência, e juízos analíticos, verdadeiros ou falsos de acordo com as regras da lógica.²⁶⁶ Os juízos excluídos do domínio científico não poderiam ser verificados objetivamente e justamente por isso estavam fora da ciência.

Putnam esclarece que a verdadeira raiz da dicotomia estava justamente na ideia de *fato*. Para ser verdadeiro, um juízo deveria ser factual ou analítico, e para ser factual ele deveria ser perceptível através dos sentidos. Um fato seria aquilo que pode ser certificado por simples observação. Isso fazia sentido na modernidade científica, mas não faz qualquer sentido hoje, em que a própria ciência trata de domínios e elementos

²⁶² HABERMAS, Jürgen. *Introdução – realismo após a virada da pragmática linguística*, p. 28.

²⁶³ PUTNAM, Hilary. *Razão, verdade e história*, p. 167-168.

²⁶⁴ PUTNAM, Hilary. *The collapse of the fact/value dichotomy and other essays*, p. 3.

²⁶⁵ PUTNAM, Hilary. *The collapse of the fact/value dichotomy and other essays*, p. 10 e 17-19.

²⁶⁶ São juízos analíticos, por exemplo: “um triângulo tem três lados”, e “todos os solteiros não são casados”. O problema desses juízos é que muitas vezes eles são tautológicos (como no caso dos exemplos anteriores).

não observáveis nem perceptíveis através dos sentidos, como bactérias ou elétrons.²⁶⁷ Além disso, “sem a possibilidade de um recurso ao material não interpretado das sensações, a experiência sensível perde sua autoridade inquestionável”.²⁶⁸

Outra base para a dicotomia estava na relação que é feita quase de maneira automática entre valor e ética, quando na verdade os valores permeiam toda a experiência humana. Julgamentos acerca de coerência, plausibilidade, simplicidade e razoabilidade são *valores* e não fatos.²⁶⁹ E eles são comumente usados no domínio da ciência, teoricamente um campo exclusivamente objetivo e desprovido de valores.

A ideia de objetividade aqui está ligada à noção de descrição e de sua correspondência aos objetos do mundo real. Um julgamento seria objetivo se descrevesse uma coisa tal qual ela é na realidade. O problema da teoria da verdade por correspondência já foi trabalhado, mas é possível ir além: os valores acima mencionados (simplicidade, coerência) não são descrições “factuais”, mas podem ser racionalmente verificados e são tidos como pressupostos científicos.²⁷⁰

Também é possível negar a existência da dicotomia pela constatação do uso linguístico variável de um enunciado.²⁷¹ Dentro de uma comunidade linguística, muitos predicados “descritivos” assumem naturalmente uma força “emotiva”. Desse modo, as palavras “descritivas” podem ser usadas para valorar e as palavras “avaliativas” podem ser usadas para descrever.²⁷² O limite entre as duas classes de predicados é extremamente tênue.

²⁶⁷ PUTNAM, Hilary. *The collapse of the fact/value dichotomy and other essays*, p. 22-23.

²⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Introdução – realismo após a virada da pragmática linguística*, p. 20.

²⁶⁹ PUTNAM, Hilary. *The collapse of the fact/value dichotomy and other essays*, p. 31; e *Razão, verdade e história*, p. 175.

²⁷⁰ PUTNAM, Hilary. *The collapse of the fact/value dichotomy and other essays*, p. 30-33.

²⁷¹ Aliás, alerta o autor que “[...] uma das muitas distinções que se têm confundido sob o título geral da ‘distinção facto/valor’ é a distinção entre usar uma expressão linguística para descrever e usar essa expressão linguística para elogiar ou censurar. Mas esta distinção não pode ser traçada com base no vocabulário.” Algumas palavras descritivas têm conotação negativa. O enunciado “João baba comida por toda a gravata” é descritivo, mas carrega certamente uma valoração negativa do comportamento de João. (PUTNAM, Hilary. *Razão, verdade e história*, p. 178)

²⁷² PUTNAM, Hilary. *Razão, verdade e história*, p. 258.

É impossível, portanto, separar o mundo da subjetividade humana e também é impossível distinguir claramente entre juízos de fato e juízos de valor. A partir dessa concepção de realidade, fica difícil defender a ideia de uma verdade “real” a ser buscada no processo. E esse é apenas um dos lados das objeções (o lado que vai de encontro à ideia de verdade material), pois outras podem ser feitas em relação à concepção formal de verdade.

Em primeiro lugar, ressalte-se que a ideia de consenso como meio para obter a verdade é um substituto de uma racionalidade impossível de alcançar. O consenso substitui a verdade como correspondência – aquela que é naturalmente buscada pelos homens.²⁷³

Se a única verdade possível é formal, então não existe nenhuma verdade que não possa ser verificada. Os limites de tudo o que pode ser verdadeiro no mundo, então, dependem dos limites das capacidades humanas de verificação da realidade. Mas não é assim. Tanto a ciência como o senso comum questionam se todas as verdades do mundo poderiam ser apreendidas pelos homens. De fato, a ciência contemporânea demonstra que existem várias verdades que estão além da capacidade (humana) de compreensão.²⁷⁴

O consenso, na verdade, não traz garantias de seu resultado e não representa condição nem necessária nem suficiente de pesquisa da verdade científica. Não há como assegurar que a opinião comum (entre os que estão discutindo para a formação do consenso) é de fato verdadeira.²⁷⁵

²⁷³ PINTORE, Anna. *Il diritto senza verità*, p. 184.

²⁷⁴ Nas palavras do autor: “*It is, on the contrary, part of both science and common sense, and deeply imbedded in the world views of both science and common sense, that it is a wholly contingent question whether every truth could, even ‘in principle’, be learned by beings such as ourselves, and it is deeply imbedded in the theories of present-day science that for a number of reasons the answer to that question is that, as a matter of contingent empirical fact, there are many truths that are beyond the power of our species to ascertain.*” [grifos no original]. PUTNAM, Hilary. *The collapse of the fact/value dichotomy and other essays*, p. 124.

²⁷⁵ PINTORE, Anna. *Il diritto senza verità*, p. 211.

Jürgen Habermas inicialmente defendeu uma concepção procedural de verdade,²⁷⁶ mas a abandonou. Segundo o próprio autor, esse conceito é absolutamente contraintuitivo, já que as práticas das pessoas (em seu cotidiano) não deixam espaço para reservas quanto à verdade: os sujeitos precisam de certezas de ação.²⁷⁷ Além disso, a falibilidade, que, conforme já mencionado, leva à rejeição da verdade por correspondência, também faz com que a verdade procedimental seja recusada. Uma opinião bem fundamentada pode estar completamente errada, e essa possibilidade de falha não está prevista em uma concepção exclusivamente formal (e sequer faz sentido).²⁷⁸

A partir dessas constatações, o autor fez ajustes à sua teoria.²⁷⁹ No contexto de ação, os sujeitos agem de acordo com o mundo objetivo: “visto que os atores precisam chegar a bom termo com ‘o’ mundo, eles não podem evitar ser realistas no contexto de seu mundo da vida.”²⁸⁰ Mas essa instância de certificação fica suspensa no nível reflexivo dos discursos, em que só argumentos importam, pois estão livres da esfera da ação. O realismo que se faz presente no cotidiano é revogado no âmbito do discurso. A

²⁷⁶ De acordo com essa concepção, a discussão sobre a verdade colocaria à prova as condições normativas da práxis da argumentação: “a) publicidade e total inclusão de todos os envolvidos; b) distribuição equitativa dos direitos de comunicação; c) caráter não-violento de uma situação que admite apenas a força não-coercitiva do melhor argumento; e d) a probidade dos proferimento de todos os participantes.” HABERMAS, Jürgen. *Introdução – realismo após a virada da pragmática linguística*, p. 46.

²⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Introdução – realismo após a virada da pragmática linguística*, p. 47-48.

²⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: a virada pragmática de Richard Rorty*, p. 257.

²⁷⁹ Segundo ele mesmo: “Reformulei o antigo conceito discursivo de verdade, que não é errado, mas é pelo menos incompleto.” HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*, p. 60.

²⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: a virada pragmática de Richard Rorty*, p. 257. Aqui o autor faz referência a uma categoria muito importante de seu pensamento – o *mundo da vida*. Não cabe aqui uma explicação pormenorizada, mas em linhas gerais, o mundo da vida é a esfera privada da família, das relações de amizade, e a esfera pública formada pelas instituições e discussões culturais e políticas. Ele se opõe ao *sistema*, composto pelos subsistemas dinheiro (subsistema econômico) e poder (subsistema estatal-burocrático). O diagnóstico do tempo habermasiano envolve justamente essas duas categorias: ele afirma que há uma colonização do mundo da vida pelo sistema, com suas consequentes monetarização e burocratização. Ver REPA, Luiz. *Jürgen Habermas e o modelo reconstrutivo de teoria crítica*, p. 163-164.

verdade, portanto, tem dois diferentes papéis pragmáticos, e o conceito habermasiano é bifronte.²⁸¹

As duas faces do conceito não são, entretanto, isoladas. O processo de justificação pode se orientar por aquilo que é tido como verdadeiro para fins de ação e, dessa forma, transcender o contexto de justificação dado (será orientado, assim, por algo que é operativamente eficaz na ação). E as opiniões discursivamente justificadas que abalam certezas da ação precisam retraduzidas em verdades que orientem as práticas cotidianas. Há, portanto, uma interação nos dois sentidos.²⁸²

Todavia, essa posição de Habermas não se estende a juízos éticos ou morais. Embora ele próprio se defina como um “realista segundo o viés pragmático” para a esfera da ação,²⁸³ e defenda que seu antigo conceito de verdade procedimental conduz somente à aceitabilidade racional (e não à verdade),²⁸⁴ no âmbito ético ou moral ele é considerado suficiente. O autor claramente separa suas posições:

A aceitabilidade racional é um mero indício de verdade propositiva, ao passo que *esgota* o sentido da justiça moral. A justificabilidade ideal consome o sentido da justiça moral porque a aceitabilidade racional é garantia de imparcialidade. Essa diferença revela o que falta neste último caso: a conotação ontológica da verdade (...) no caso dos juízos morais não há nada que equivalha à afirmação que um determinado estado de coisas “é”.²⁸⁵ [grifos no original]

Apesar de Habermas defender que no consenso há sempre uma pretensão de justiça, a ética do discurso somente estabelece fundamentos para a obtenção de uma validade formal. Trata-se de uma pretensão de validade, de legitimidade daquilo que é obtido pela discussão. Uma coisa é a verdade, outra coisa é a validade – e é assim

²⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*: a virada pragmática de Richard Rorty, p. 257-258.

²⁸² HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*: a virada pragmática de Richard Rorty, p. 259-260.

²⁸³ Nas palavras do autor: “Sou um realista de um tipo específico, um realista segundo o viés pragmático. Estou convicto de que, na prática, não podemos senão nos opor a um mundo objetivo feitos de entidades independentes da descrição que fazemos delas; um mundo que é mais ou menos o mesmo para todos.” HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*, p. 47.

²⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*, p. 60.

²⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*, p. 65.

tanto para um conceito de verdade “real” simplista como para um conceito mais complexo, como está sendo trabalhado aqui. Verdade e validade só se confundem numa concepção formal de verdade.²⁸⁶ O primeiro diz respeito à realidade, enquanto o segundo remete à intersubjetividade.²⁸⁷

O próprio Habermas reconhece que a aceitabilidade racional e a validade são insuficientes para a formação de um conceito de verdade, mas surpreendentemente elas são suficientes no caso dos juízos morais.²⁸⁸ Segundo ele,

Um consenso normativo, formado em condições de participação livre e universal no contexto de um juízo prático, *estabelece* uma norma válida (ou confirma sua validade). A “validade” de uma norma moral significa que ela “merece” o reconhecimento universal em virtude de sua capacidade de, por meio da razão somente, obter o consentimento da vontade daqueles a quem se dirige.²⁸⁹ [grifos no original]

Uma concepção formal não diz nada sobre o conteúdo dos juízos éticos. Mas mesmo assim, a ética do discurso habermasiana tem um importante papel legitimador.²⁹⁰ Nesse sentido, sua concepção é interessante ao processo. A participação das partes em cada momento do processo e o exercício do contraditório e da ampla defesa não implica necessariamente uma facilitação do acesso à verdade, mas certamente traz validade ao que é decidido no processo. A decisão é legítima principalmente porque as partes podem participar de sua formação (o que não significa que elas possam ou devam participar ilimitadamente).

²⁸⁶ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*, p. 169.

²⁸⁷ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*, p. 205.

²⁸⁸ A posição de Habermas pode ser questionada nesses termos: por que somente na esfera da ação os juízos fazem referência a um mundo “objetivo” e a suposição da existência desse mundo é vital para os sujeitos que devem agir? Por que isso é desnecessário em relação aos juízos éticos? A separação entre as duas esferas nesse caso, na opinião da autora, não é bem justificada. Mas como uma crítica profunda da teoria habermasiana não é o objetivo deste trabalho (e sua descrição já foi demasiadamente longa, conforme exigido pela complexidade do assunto), o tema não será aprofundado.

²⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*, p. 65-66. Conferir também *Correção versus verdade: o sentido da validade deontológica de juízos e normas morais*, p. 304-306.

²⁹⁰ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*, p. 203.

Putnam, avesso ao relativismo e à adoção de uma ética puramente formal, sustenta, inclusive, que existem juízos éticos objetivos. A ideia de que não há dicotomia entre fato e valor funciona nos dois sentidos (obviamente): tanto para afirmar a existência de valores no que geralmente se considera como fatos objetivos, como para defender que existe objetividade nos valores.²⁹¹ Dessa forma, a ética do discurso não é considerada suficiente e “não existe razão para acreditar que o resultado de uma ideal e suficientemente prolongada discussão sobre uma questão ética seria inevitavelmente correta”.²⁹² É a mesma ressalva feita anteriormente, mas voltada especificamente ao campo ético. Essa, na verdade, é uma crítica que comumente é feita a Habermas: acusam sua teoria de justiça e sua concepção de verdade de formais ou vazias.²⁹³ A crença em algum tipo de critério substancial ou material de justiça leva à rejeição de concepções procedimentais de verdade.²⁹⁴

Em suma, os julgamentos de valor são indispensáveis à ciência e o conhecimento dos fatos pressupõe o conhecimento desses valores.²⁹⁵ O ser humano não saiu pelo mundo observando fatos puros e depois valorando-os, em dois momentos distintos. Sustentar qualquer concepção de verdade baseada nessa dicotomia (fato *versus* valor) é defender uma ideia extremamente vaga e unilateral e que despreza a complexidade do mundo.

É preciso abandonar o realismo ingênuo da perspectiva do “olho de Deus” sem cair num mentalismo exacerbado, que acaba desembocando em ceticismo e niilismo. Existem fatos externos à subjetividade humana, eles só não são independentes das escolhas conceituais. Uma noção absoluta de um fato ou de um objeto é impossível, assim como são impossíveis relações absolutas entre fatos ou objetos e enunciados.²⁹⁶

²⁹¹ PUTNAM, Hilary. *Razão, verdade e história*, p. 194-198.

²⁹² Tradução livre de: “*there is no reason to believe that the outcome of an ideal and sufficiently prolonged discussion of an ethical question would inevitably be correct*”. PUTNAM, Hilary. *The collapse of the fact/value dichotomy and other essays*, p. 126.

²⁹³ CAMPBELL, Tom. *La justicia: los principales debates contemporáneos*, p. 238.

²⁹⁴ Essa é, sem dúvida, a posição da autora do trabalho.

²⁹⁵ PUTNAM, Hilary. *The collapse of the fact/value dichotomy and other essays*, p. 135 e 137.

²⁹⁶ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*, p. 248-250.

A ideia de verdade trabalhada no Direito Processual Brasileiro, portanto, pode ser corrigida. Mas há algo prejudicial além da perseguição de uma verdade inexistente através do processo: a própria perseguição da verdade, seja qual for a concepção adotada, é nociva por si só, como se verá a seguir.

3. Problemas acarretados pela adoção de uma meta utópica

A busca pela verdade no processo, seja qual a concepção adotada, pode ser vista como um objetivo utópico. Mas não há nada de estranho ou inusitado nisso, já que a maioria das aspirações humanas são, de fato, utopias; e essa característica nem sempre representa uma qualidade. O século XX, assim, pode ser visto como um período marcado por construções utópicas que trouxeram consequências desastrosas para o ser humano e para a natureza. Na verdade, mesmo antes do último século o pensamento social foi (e é) marcado por certa ingenuidade utópica, que cobre com um véu a percepção da realidade social.²⁹⁷

Apesar dos vários golpes e decepções sofridos (como o fim da União Soviética), essa ingenuidade utópica não parece ter sido superada. O antiutopismo que se opõe a ela acaba recaindo na aspiração por uma realidade sem utopias, na qual os seres humanos se contentam com o existente – realidade essa tão utópica quanto as buscadas pelas utopias ingênuas.²⁹⁸ A resposta, entretanto, está em estabelecer uma relação racional com esse mundo utópico que acompanha o ser humano ao longo de toda a história, e não em negá-lo absolutamente, pois essa negação é, em si, utópica – e isso certamente vale também para o processo.²⁹⁹

Não se trata da adoção de posturas céticas, celebratórias ou mesmo niilistas, que propagam a aceitação de que a sociedade não tem nada a realizar além dela mesma

²⁹⁷ HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 9 e 282.

²⁹⁸ Como se fosse possível um mundo em que os homens não aspirassem a nada e totalmente se conformassem com as condições de seu tempo presente.

²⁹⁹ HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 9-10.

(do que já está realizado), e que o real se esgota no existente.³⁰⁰ Trata-se de colocar a utopia em seu devido lugar, de modo que possa servir à elaboração de metas factíveis, como propõe Franz Hinkelammert.

A relação irracional como mundo utópico muitas vezes é velada, especialmente nos casos em que a utopia é definida como tal e em que, teoricamente, se tem consciência de sua impossibilidade.

O processo civil brasileiro é afetado, de forma particular e velada, pelas consequências negativas do mau uso de utopias. A principal meta utópica estabelecida é a de realização de justiça, que encontra sua manifestação no desvelamento da verdade real pelo processo, de modo que o juiz possa dar a cada parte o que é seu de acordo com o ordenamento. Dessa forma, aspira-se que o juiz consiga, pelo procedimento, uma perspectiva equivalente à do “olho de Deus”, capaz de observar os fatos como realmente ocorreram, ou seja, “objetivamente”.

Embora os processualistas e juristas estejam conscientes que essa “justiça” é impossível e, portanto, utópica, ela mesmo assim é estabelecida como meta para todos os processos. Assim, na prática processual brasileira, essa impossibilidade é esquecida, e a concepção de uma meta absurda origina problemas que não são sequer percebidos.

A realização de utopias geralmente exige a detenção de conhecimento perfeito. São assim com as principais utopias sociais: tanto o comunismo pleno³⁰¹ como a atuação do mercado perfeito, com concorrência perfeita e consequente alocação ótima dos recursos,³⁰² exigem o conhecimento perfeito para seu funcionamento ideal.³⁰³

³⁰⁰ Para uma crítica a posturas reconfortantes ou celebratórias, ver SANTOS, Boaventura. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, p. 35 e p. 76-93.

³⁰¹ HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 243.

³⁰² HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 134-135.

³⁰³ No caso do mercado, todos os participantes precisam conhecer todos os fatores e acontecimentos que se desenrolam a cada momento e devem possuir uma capacidade ilimitada de adaptação aos fatores cambiantes, para que se dê a prometida alocação ótima dos recursos e o progresso generalizado da sociedade. Para o comunismo pleno, o conhecimento perfeito possibilita o planejamento total da sociedade e evita que a economia precise se apoiar em relações mercantis e dinheiro, podendo prescindir desses elementos. Em ambos os casos, assim como em todos os casos, esse conhecimento perfeito é *impossível*. HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 136 e p. 228-229.

No caso do processo, a realização da utopia “justiça” (nos moldes explicitados no início do capítulo) também envolve conhecimento perfeito, dessa vez por parte do juiz que, para atingir a perspectiva do “olho de Deus”, precisaria ser onisciente e onipresente, de modo a apreender os fatos objeto do processo de modo como “realmente ocorreram”.

De acordo com a concepção adotada neste trabalho, a impossibilidade desse conhecimento perfeito é fática e lógica. Se mundo e mente constituem, simultaneamente, o mundo e a mente, a perspectiva do “olho de Deus” não existe porque não existe um mundo pré-constituído a ser apreendido.³⁰⁴

As utopias, na verdade, abrem espaço para possibilidades tanto reais quanto ilusórias. Se são colocadas como meta e vistas como realizáveis, suas possibilidades são ilusórias, na medida em que não é viável aproximar-se de algo que é, de fato, inexequível. Essas possibilidades ilusórias parecem colocar na penumbra o “nunca” da ideia de que *utopias nunca são concretamente realizáveis*: é o que as caracteriza como tais. Sob a luz dessa perspectiva, todo impossível acaba se tornando possível e aparentemente alcançável, como num passe de mágica.³⁰⁵

O problema está em colocar a utopia como possível em princípio e impossível de fato, o que geralmente se verifica no processo.³⁰⁶ Sabe-se que é uma meta infinitamente longínqua e impossível de alcançar, mas ao mesmo tempo se sustenta que há um avanço em sua direção. Esse avanço é, entretanto, completamente ilusório.

Tome-se como exemplo a sequência de números inteiros até o infinito. O número um milhão não está mais próximo do infinito que o número dez, muito embora

³⁰⁴ Hinkelammert distingue impossibilidade fática e lógica. A impossibilidade do conhecimento perfeito para a realização do planejamento total é fática, pois ele é faticamente impossível. Enquanto isso, a impossibilidade do mercado perfeito é fática e lógica: além de ser tão faticamente impossível quanto o planejamento total, também o é logicamente, pois no mercado perfeito não há concorrência alguma (concorrência perfeita é ausência total de concorrência, ninguém concorre pois sua parcela ideal do mercado já lhe foi atribuída previamente pela alocação perfeita dos recursos).

³⁰⁵ HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 64-65.

³⁰⁶ Era justamente isso que Carnelutti sustentava em sua primeira posição, como já mencionado neste trabalho, no primeiro ponto deste capítulo – a verdade substancial como possível em princípio e impossível de fato, e a verdade formal como possível de fato. CARNELUTTI, Francesco. *Verdade, dúvida e certeza*, p. 606.

um milhão seja muito maior que dez. Todos os números estão equidistantes do infinito, já que ele é inalcançável por definição. O mesmo se dá com a meta utópica. Ela nunca será realizada porque é irrealizável por definição, e é impossível se aproximar de algo inalcançável, pois ele permanece fora do alcance independentemente do quanto se caminhe em sua direção.³⁰⁷ É “um progresso infinito no sentido de uma viagem sem fim, uma aproximação sem se aproximar. Sendo tal aproximação infinitamente inalcançável, resulta em uma aproximação absolutamente ilusória.”³⁰⁸

É exatamente isso que acontece no processo. As excessivas possibilidades de recursos remetem precisamente a essa suposta progressão na direção da meta inalcançável. É como se a cada instância se avançasse mais e mais para uma decisão absolutamente justa, quando se sabe que a meta “justiça” nos termos aqui tratados é utópica e sempre o será.

Contudo, para que a celeridade seja atingida, é necessário uma diminuição sensível da qualidade das decisões, afinal, *em que pese não existir garantia de um julgamento melhor pela dupla apreciação da matéria controvertida, parece inegável que há uma maior probabilidade de que isto aconteça.*³⁰⁹ [grifou-se]

A frase, na verdade, é totalmente desprovida de sentido, embora seu autor certamente não o perceba. Primeiro ele afirma o que todos sabem – que não há garantia de que o segundo (ou terceiro, ou quarto) julgamento será melhor do que o primeiro – mas depois defende aquilo que todos querem acreditar, ilusoriamente – que mesmo sem garantias de que isso vai acontecer, *pode* acontecer, e essa probabilidade parece suficiente e “inegável”. A segunda apreciação da matéria magicamente parece ser mais capaz de alcançar a verdade do que a primeira.

³⁰⁷ O exemplo é de Hinkelammert, mas não exatamente nessa formulação. *Crítica de la razón utópica*, p. 71.

³⁰⁸ Tradução livre de: “*un progreso infinito en el sentido de un viaje sin fin, una aproximación sin aproximar. Siendo tal aproximación infinitamente inalcanzable, resulta una aproximación absolutamente ilusoria.*” HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 253.

³⁰⁹ CEI, Marcelo Tuze. *Súmula impeditiva de recursos: integração, interpretação, constitucionalidade e efetividade*, p. 216.

Não se está afirmando que a quarta decisão será igual à primeira. Isso pode acontecer, se nenhum recurso for sequer conhecido, mas fora esse caso, as decisões serão diferentes. Dez não é igual a um milhão: ele só não está mais afastado do infinito que um milhão. Da mesma forma, a quarta decisão pode até ser diferente da primeira, mas ela não é necessariamente mais justa e nem mais “verdadeira”.

Afirmar a tendência empírica a um conceito não empírico é algo absolutamente sem sentido. Entretanto, é isso que se faz quando se defende que a cada decisão no processo a justiça³¹⁰ fica mais próxima.³¹¹ “da terra ao céu parece haver uma escada e o problema parece ser encontrá-la.”³¹²

Essa perseguição ao infinito, entretanto, não é só nociva por sua má infinitude (no sentido de ser uma busca sem fim), pois ela também é destrutiva em outros aspectos. Em primeiro lugar, ela é destrutiva porque tem função legitimadora das medidas tomadas para a aproximação da meta utópica. Assim, cada passo é justificado porque, em teoria, leva ao acercamento do grande objetivo (utópico).

Nesse caso, há uma percepção equivocada do que se está fazendo de fato. Enquanto se acredita estar num caminho em linha reta, onde cada passo dado leva, invariavelmente, a um lugar mais próximo do final, na verdade há uma perseguição infinita (pois a aproximação é impossível) de um ponto inatingível.

O impossível não é tanto o que o outro faz, mas sim aquilo que ele crê fazer. E, quando se crê estar fazendo algo diferente daquilo que se faz, se está fazendo mal aquilo que se faz. O que se faz nunca é impossível, mas aquilo que se crê estar fazendo pode sê-lo. E esta crença deforma e paralisa a capacidade de fazer.³¹³

Trata-se de verdadeira *irracionalização do racional*. No caso do processo, essa perseguição é a promessa de uma decisão sempre melhor que a anterior. A segunda

³¹⁰ Recorde-se que estamos tratando da justiça nos moldes mencionados: no processo, a ideia de justiça é geralmente atrelada à verdade, seja ela “real” ou formal, pois é a partir dela que se pode dar a cada um o que lhe é devido de acordo com o ordenamento.

³¹¹ HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 142.

³¹² Tradução livre de: “*De la tierra al cielo parece existir una escalera y el problema es encontrarla.*” HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 9.

³¹³ HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica à razão utópica*, p. 17.

seria melhor que a primeira, a terceira, melhor que a segunda, a quarta, melhor que a terceira... “para projetar-se na imensa infinitude de um futuro infinitamente rico.”³¹⁴ E assim a morosidade do processo é legitimada, pois ela seria uma consequência da espera por uma decisão mais justa. E por uma decisão mais justa sempre vale a pena esperar.

Todavia, a quarta decisão não é melhor que a primeira. Em relação ao ideal de justiça buscado, a milionésima decisão não é mais justa que a primeira – afinal, um milhão não está mais próximo do infinito que um. Qualquer aparente aproximação do ideal é somente ilusória. Não há como garantir que um julgamento se tornará melhor ao ser realizado várias vezes. E há uma injustiça inerente à milionésima decisão acarretada só pelo tempo gasto até seu proferimento, pois “*justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta*. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.”³¹⁵

O impossível visto e tomado como possível justifica e legitima coisas que sequer fariam sentido sem o estabelecimento da meta utópica. Caso contrário, para que serviria um Judiciário que existe para prestar tutela jurisdicional, mas só a presta com demora e muitas vezes sem efetividade?

O segundo aspecto destrutivo da adoção de uma meta utópica é a desvalorização do real e do possível. Comparada à utopia, a realidade perde seu brilho e é automaticamente depreciada. Qualquer instituição cai por terra à luz das instituições perfeitas: “nenhuma realidade tem valor porque não é mais que um passo de aproximação à ilusão transcendental.”³¹⁶

A influência e o papel das construções utópicas na contemporaneidade são tão amplos e difundidos que a mera sugestão da adoção de uma meta menos ambiciosa e

³¹⁴ “para proyectarse en la inmensa infinitude de un futuro infinitamente rico”. HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 85.

³¹⁵ Frase já clássica por ter sido repetida tantas vezes. BARBOSA, Rui. *Oração aos moços* (grifou-se).

³¹⁶ “ninguna realidad tiene valor pues no es más que un paso de acercamiento a la ilusión transcendental.” HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 71.

mais possível é geralmente rotulada de conformista e conservadora. Mas o que se esquece é que mesmo concepções conservadoras trabalham com utopias (como o exemplo do mercado perfeito, que faz a alocação mais racional dos recursos): de fato, esse é um traço marcante das ciências sociais dos últimos séculos, ainda que ele não seja explícito.³¹⁷ Todavia, o estabelecimento dessas metas irreais deprecia a realidade a ponto de gerar certa recusa em perceber o que verdadeiramente pode ser feito para melhorar o existente, ao invés de simplesmente compará-lo com a perfeição.

A mente humana trabalha mais facilmente com imagens simplificadas e abstrações. É mais simples e natural imaginar a sociedade mais perfeita, a instituição mais perfeita, e estabelecer passos genéricos para alcançá-la, do que analisar cuidadosamente as possibilidades em relação a esse ideal e traçar metas efetivas para realizá-lo.

Portanto, a utopia atua destrutivamente nesses dois sentidos: justificando absurdos em seu nome e paralisando os agentes, que restam abasbacados ante a imagem da perfeição. Ainda assim, as utopias não devem ser deixadas de lado. Seu potencial destrutivo só se manifesta se são colocadas como metas alcançáveis. Se as utopias são colocadas em seu devido lugar, elas têm um papel importantíssimo, como se verá a seguir.

4. Factibilidade: colocando a utopia em seu devido lugar

É preciso colocar a utopia em seu devido lugar, para que ela possa cumprir seu papel. Ela, na verdade, é um *ideal em relação ao qual se pode agir, mas em relação ao*

³¹⁷ Os tipos ideais criados por Max Weber para a análise da sociedade também demonstram isso, segundo Hinkelammert, pois o objeto real se torna compreensível conforme é comparado com o tipo ideal. Weber não incentiva a perseguição do tipo ideal, mas deixa aberto o espaço. HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 68. Qual é a verdadeira utilidade em comparar a realidade com algo que não existe? Trata-se de simplificações que pouco servem à solução de problemas reais, mas que denotam a facilidade da mente humana em trabalhar com abstrações simplificadas. A meta utópica também é isso.

qual jamais se pode progredir. Isso nunca pode ser esquecido para que se mantenha uma relação racional com o mundo utópico.

Os problemas acarretados pela adoção de uma meta utópica não são razão para banir, ou ao menos tentar banir, o pensamento utópico do imaginário humano. “*É preciso pensar o impossível para poder pensar o possível.*”³¹⁸

Após imaginar a melhor situação que se pode conceber, deve-se tomar um passo adicional, ao invés de simplesmente estabelecê-lo como meta – o que geralmente é feito, por ser natural aspirar ao mais perfeitamente concebível. Esse passo consiste em transformar a ideia em metas de ação possíveis. Como já mencionado, utopias abrem tanto possibilidades ilusórias como reais e as últimas podem se tornar objetivos concretos.³¹⁹

O impossível, assim, passa a agitar e mobilizar, ao invés de paralisar (pois a meta utópica, ao desvalorizar o real à imagem da perfeição, pode levar à paralisação e ao conformismo). Como as metas obtidas a partir do possível são factíveis, podem ser cumpridas, e quando o forem, haverá novas metas a formular, a partir da mesma imagem de perfeição. É importante continuar sempre evitando o estabelecimento de metas utópicas, independentemente do quanto se progrediu.³²⁰

A ilusão do progresso infinito sempre acompanha o imaginário humano, principalmente porque o “progresso” tecnológico da humanidade é razoavelmente quantificável.³²¹ Diante dele e de tudo que já foi alcançado mediante os avanços da tecnologia, é fácil acreditar na possibilidade de progredir infinitamente, até tornar o impossível absolutamente factível. Entretanto, sempre existirão impossibilidades.

Ao deixar de lado as impossibilidades, a meta utópica é tomada como possível em princípio, mas impossível de fato. A impossibilidade fática, entretanto, fica sob

³¹⁸ Grifos no original: “Hay que pensar lo imposible para poder pensar lo posible.” HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 40.

³¹⁹ HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 64.

³²⁰ HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 64.

³²¹ Embora a noção de progresso seja extremamente relativa, e apesar das ideias de Thomas Kuhn (já explanadas no segundo capítulo), no dia a dia as pessoas acreditam no progresso tecnológico, graças à profusão de apetrechos digitais, cada vez menores, dedicados a facilitar a vida de todos.

uma penumbra: é esquecida ou encarada como somente temporária. A partir daí, avança-se em relação a algo inalcançável e todos os efeitos destrutivos trabalhados anteriormente entram em cena.

Mesmo com tantos perigos, a utopia ainda é indispensável, pois não se sabe de antemão o que é possível. O factível só pode ser delineado a partir da meta utópica - só ela ajuda a desenhar os verdadeiros limites da possibilidade. Essa delimitação pode ser lenta e se dar por meio de longos processos de aprendizagem – afinal, é muito mais simples fazer com que as metas e as utopias sejam uma coisa só.³²²

A utopia também é importante para conseguir ir além do existente, evitando o conformismo e levando à formação de uma nova meta todas as vezes em que a meta anterior é cumprida. O sujeito atuante que reflete sobre suas ações com base nos ideais utópicos (e mantendo-os como utópicos) transcende a realidade, mas ao mesmo tempo está submetido a ela, pois seus atos são limitados pelos marcos do possível.

Em uma relação circular, “transcender o possível é condição para conhecer o possível, e, por outro lado, conhecer o possível é condição para transcender a realidade dentro dos marcos do possível”.³²³ Certamente se trata de uma tarefa complexa, mas, justamente por sua complexidade, coaduna mais com a realidade do que outras concepções mais simplistas.

Em relação ao processo, a meta utópica geralmente envolve justiça, que seria alcançada por uma decisão que narraria a “verdade real” dos fatos – o modo como eles realmente aconteceram – e aplicaria a eles as normas cabíveis, dando a cada um o que lhe é devido.

Certamente esse objetivo pode ser classificado como utópico.³²⁴ Ele legitima infinitas instâncias e infinitas decisões a serem tomadas ao longo do processo. No caso

³²² HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 224.

³²³ Tradução livre de: “*el trascender lo posible es condición para conocer el posible y, a la vez, conocer lo posible es condición para poder trascender la realidad en el marco de lo posible.*” HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 310.

³²⁴ A definição da justiça como utopia, como ideal inatingível, pode parecer, inicialmente, à ideia de justiça como aporia de Jacques Derrida. Ele define a justiça como “a experiência do impossível”, como um “não caminho”, a além disso, afirma que ela é o incalculável que manda calcular (ver DERRIDA, Jacques. *Força de lei*, p. 30 e p. 54-55). Mas Hinkelammert e Derrida

do Brasil, a busca pela verdade real no processo justifica quatro instâncias decisórias,³²⁵ recursos de todas as decisões interlocutórias com potencial de causar prejuízo aos litigantes,³²⁶ recursos desses recursos, delongas nas execuções (que precisam aguardar o julgamento de todas as instâncias para se tornarem efetivas). Na verdade, esse objetivo justificaria e legitimaria tantos quantos fossem os recursos previstos no ordenamento brasileiro; inclusive justificaria a ausência de coisa julgada e eterna discussão dos litígios.³²⁷

Também é possível adotar a versão minoritária e colocar apenas a realização de uma justiça meramente formal como meta, contentando-se apenas com a verdade procedimental. Mas essa meta também pode se converter em utopia na medida em que a discussão entre as partes pode seguir para sempre: qualquer limitação à sua duração ou ao seu objeto (o que pode ser discutido) pode ser vista como atentatória à justiça. Nem mesmo a busca pela verdade formal é previamente limitada pela factibilidade.

A adoção de qualquer uma das duas utopias como meta, seja a descoberta da verdade “real”, seja uma discussão em moldes ideais para o alcance de uma verdade formal, traz todas as consequências destrutivas mencionadas anteriormente. *Um processo com essas finalidades serve a uma ilusão e não à sociedade*, desvaloriza a realidade em prol de um ideal inatingível.³²⁸

pertencem a tradições filosóficas totalmente diferentes. O “pano de fundo” latino-americano da autora leva à afinidade maior com as ideias do primeiro.

³²⁵ Na prática são de fato quatro, apesar de em teoria serem somente duas. Mais sobre o assunto no último capítulo.

³²⁶ Num processo mais efetivo e curto, com atos mais condensados, praticamente todas as decisões teriam potencial para causar prejuízo a um dos litigantes. É assim que essas decisões deveriam ser. Decisões interlocutórias que lidam somente com aspectos burocráticos do processo e que, por isso, não causam qualquer dano, deveriam ser excepcionais (já que os próprios aspectos burocráticos deveriam ser reduzidos ao máximo). E a imediatidade ou proximidade dos possíveis danos causados também seria mais comum, já que a duração de todo o processo seria menor. A existência de várias decisões que não alteram em nada a realidade fática é algo lamentável.

³²⁷ No Brasil já se justifica a relativização da coisa julgada nos casos mais absurdos, como no caso de decisões fundamentadas em leis que posteriormente são declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Sobre o assunto, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*, particularmente as páginas 78-84.

³²⁸ HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 72-73.

Em prol da realização de uma justiça irrealizável, os problemas das partes são deixados em segundo plano. Elas podem esperar, afinal, o objetivo do processo é muito maior que elas.

Há, na verdade, uma verdadeira contradição dialética entre a própria existência do processo e a realização da meta utópica. Se fosse possível garantir a realização da justiça e a descoberta da verdade “real” por meio do processo, ele seria absolutamente desnecessário. As instituições existem justamente porque não são perfeitas.³²⁹

O processo só existe porque é imperfeito, porque o alcance da verdade “real” não é garantida. A concepção de verdade defendida pelos processualistas defensores dessa perspectiva pertence ao paradigma filosófico nascido na Antiguidade: o paradigma do ser, em que os filósofos buscavam apreender a verdadeira essências das coisas e seres, e pensavam que essa podia ser encontrada nas próprias coisas.³³⁰

Na análise paradigmática da Filosofia, o paradigma do ser foi seguido pelo paradigma do sujeito, e esse, pelo paradigma da linguagem (após a virada linguística já mencionada).³³¹ Hoje, a capacidade de apreensão da realidade pelo ser humano e seus sentidos é questionada pela Física e outras ciências “duras”. Filosoficamente, a existência de uma realidade totalmente independente do observador e da linguagem é questionável.

A verdade “real” se dirige a uma realidade muito menos complexa e passível de ser perfeitamente apreendida por seus observadores. Considerando que todas as afirmações sempre podem ser questionadas, é possível duvidar da própria

³²⁹ Nos exemplos usados por Hinkelammert: no mercado perfeito, de concorrência perfeita, na verdade não há concorrência, pois cada um tem sua fatia de mercado (a alocação dos recursos é perfeita); e no planejamento total há ausência de planejamento real. HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 254-255.

³³⁰ Ver ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade substancial*, p. 685. Sobre o paradigma do ser: “Ser e mundo coincidem. A filosofia grega descobriu explicitamente a fundamentação ontológica: a compreensão do sentido e da forma dos entes desde o horizonte do ser. Os sentidos do mundo (as coisas-sentido) são assumidos nos limites do ser. O paradigma do ser impõe os parâmetros à compreensão.” LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*, p. 28.

³³¹ LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*, p. 26-27 e p. 51: “A modernidade se funda e age a partir dos parâmetros paradigmáticos do sujeito e neles. Desde Descartes até o idealismo alemão a fundamentação do pensar é a *consciência*, o *sujeito*.”

complexidade do mundo e procurar defender uma concepção simplista como essa. Entretanto, o mundo só é simples se contemplado da perspectiva de um observador absolutamente informado ou detentor de conhecimento perfeito. Mas, a partir do ponto de vista humano, o mundo é sim complexo e as soluções para seus problemas são também complexas. Cabe, assim, respeitar essa complexidade.³³²

Durante os últimos séculos, simplificações do mundo têm sido extremamente populares. Hinkelammert posiciona-se de forma diametralmente oposta a essas concepções e procura também ressaltar a complexidade das possíveis soluções; pois simplesmente atestar as complicações do mundo e afirmar que elas podem ser resolvidas a partir de medidas simples acaba retirando o significado real da complexidade. O complexo exige medidas complexas.³³³

A delimitação de metas factíveis é realmente uma tarefa difícil e complicada, mas justamente por isso é mais apropriada à complexidade do real. O processo civil encontra-se perdido na busca da realização de suas utopias.

Qualquer que seja a concepção de verdade adotada, ou de justiça (já que no processo geralmente as duas estão atreladas, conforme o início do capítulo), colocá-la como meta traz todos os efeitos negativos da perseguição de má infinitude. Além disso, cabe ressaltar que supor que o Judiciário é capaz de alcançar a verdade leva a um “imperialismo potestativo no plano dos valores”. É como se o terceiro poder fosse o “mestre da verdade”, e pior, mestre de uma verdade absoluta e única.³³⁴

O conceito adotado, seja ele real ou formal, sempre remete a um ideal utópico e, por isso, não pode ser colocado como meta do processo.³³⁵ Aqui, procurou-se

³³² HINKELAMMERT, Franz J. *El asalto al poder mundial y la violencia sagrada del imperio*, p. 290.

³³³ HINKELAMMERT, Franz J. *El asalto al poder mundial y la violencia sagrada del imperio*, p. 291.

³³⁴ PINTORE, Anna. *Il diritto senza verità*, p. 256. Nas palavras da autora: “imperialismo potestativo sul piano dei valori” e “maestra di verità.”

³³⁵ Na verdade, poderia se afirmar que uma concepção que afirmasse somente que a verdade é o que está nos autos seria uma verdade que poderia ser colocada como meta. Duas objeções podem ser feitas a essa hipótese: i) essa certamente não é uma concepção de justiça, senão somente uma afirmação conformista e niilista (a verdade formal habermasiana é muito mais complexa que essa visão); ii) isso não é meta alguma, pois se a verdade é o que está nos autos, não há nada além disso

argumentar em favor de uma concepção específica, mas nem ela pode ser tomada como meta.

Se a utopia é colocada em seu devido lugar, ela não serve como objetivo a ser alcançado. Submetida ao crivo da factibilidade, serve apenas como indicador, delimitador e formador das metas factíveis, que não conduzem a uma perseguição de má infinitude e nem a irracionalização do racional.

A situação atual do Judiciário brasileiro e o seu mau funcionamento não são frutos de uma crise passageira, mas sim de problemas estruturais. A correção desses problemas implica certamente o questionamento de algumas bases do sistema. O que se propõe é o questionamento das metas processuais e uma reflexão acerca do que exatamente se procura alcançar com o processo.

O estabelecimento de metas factíveis e a consequente rejeição dos objetivos utópicos provocariam uma alteração fundamental no sistema. Se o que se deseja é um processo mais eficaz, talvez esse seja o caminho a seguir.

a ser atingido. Essa “concepção” não acrescenta nada e não serve para orientar o sistema processual (pois não orienta nada, contenta-se com o que está).

CAPÍTULO IV – POR UM PROCESSO CIVIL FACTÍVEL

“A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar.”

Eduardo Galeano

1. Factibilidade processual: a definição de novas metas

Após a rejeição do diagnóstico de crise do Judiciário e da exposição de uma outra explicação para o seu mau funcionamento – seus problemas estruturais – cabe ao menos um esboço do que seria um sistema processual fundado em outras bases.³³⁶

A proposta é, no mínimo, ambiciosa. E não há como negar que a autora do presente trabalho está imersa no paradigma que pretende e procura criticar. Assim, serão apresentadas algumas ideias e sugestões genéricas, que almejam somente demonstrar que o sistema processual pode ser diferente do que é.

Parte-se da ideia de que o grande problema estrutural do Judiciário – e do processo civil brasileiro – é o estabelecimento de metas utópicas. É preciso se perguntar o que se deseja alcançar com o exercício da atividade jurisdicional e traçar novos objetivos. A preocupação central desta análise é a *factibilidade*, que não deve ser tida como mero efeito da decisão judicial (do tipo “a decisão deve ser factível), mas sim como seu *fundamento*.

³³⁶ A perspectiva crítica pode ser dividida em dois aspectos: o primeiro é o diagnóstico do tempo, “capaz de fornecer uma compreensão acurada e complexa do momento histórico”; e o segundo é focado nas potencialidades desse momento. Ela deve estar ancorada na realidade, mas não pode ser mera descrição do mundo social e seus problemas. As potencialidades e as possíveis respostas a esses problemas devem fazer parte da análise. Ver NOBRE, Marcos. *Introdução: modelos de teoria crítica*, p. 18-19.

Em primeiro lugar, a verdade será definitivamente descartada como meta. Depois, segue a delimitação de objetivos factíveis e algumas das consequências práticas da adoção desses objetivos.

a) A verdade definitivamente não é uma meta factível

Alcançar a verdade real por meio do processo é impossível, não só porque garantir o descobrimento de qualquer das concepções de verdade tratadas nesse trabalho consiste no estabelecimento de uma meta utópica, como também porque a ideia de verdade “real” é, no mínimo, incoerente.

A concepção “real” de verdade sofre pela incoerência em relação ao pensamento filosófico contemporâneo, por fazer referência a um paradigma (paradigma do ser) já superado. A outra opção mencionada por processualistas é colocar a ênfase numa concepção formal de verdade. Tanto uma como a outra são insuficientes e incompletas para tratar de uma realidade mais complexa. Ao considerar o real como determinado e determinante da subjetividade, as duas perspectivas mencionadas pecam por ser unilaterais.

Em todo o caso, qualquer que seja a concepção de justiça adotada (mesmo se o ponto de partida é uma realidade mais complexa) colocá-la como meta traz todos os efeitos negativos da perseguição de má infinitude explicada no terceiro capítulo.

O problema, portanto, não é simplesmente qual concepção de justiça é adotada no processo, mas o fato de essa concepção ser colocada como uma meta a ser cumprida. Não é o objetivo deste trabalho definir uma nova utopia para inspirar o processo civil. Muitas utopias já foram imaginadas ao longo do último século, que certamente foi o século das utopias.³³⁷ Os objetivos, aqui, são certamente mais pragmáticos e estão mais voltados a como devem ser as metas estabelecidas pelo sistema processual: seus objetivos e o que ele almeja alcançar. Obviamente, essas metas até se inspiram em uma concepção de verdade (e até mesmo de justiça), que

³³⁷ HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 9.

segue os pressupostos de complexidade do real já expostos, mas essa concepção em si poderia ser objeto de uma tese.³³⁸

Cumpre, então, abandonar a busca infrutífera pela verdade. Ressalte-se que alguns aspectos já indicam que o processo não é, de fato, voltado a ela. Chiovenda já afirmava que a lei põe limites à busca pela verdade. Como o processo precisa terminar, as decisões transitam em julgado e se tornam indiscutíveis, independentemente dos erros de fato e de direito cometidos pelo juiz.³³⁹ A existência da coisa julgada por si só já indica que o fim principal do processo não é encontrar a verdade. Se assim o fosse, o processo não teria fim enquanto a verdade não fosse encontrada, e a cada nova dúvida a decisão poderia ser modificada.³⁴⁰

Isso também é demonstrado pela proibição ao *non liquet*. O juiz não pode abster-se de julgar o mérito da causa na ausência de provas – ele tem o dever de decidir. Dessa proibição deriva a distribuição do ônus da prova, que, ao contrário do

³³⁸ A formulação de uma nova concepção de justiça envolve maturidade intelectual, que certamente a autora deste trabalho não possui. Trata-se de uma tarefa muito ambiciosa e até mesmo hercúlea (sem nenhuma referência implícita a R. Dworkin). Em todo o caso, a *Ética da Libertação*, de Enrique Dussel, é considerada (na opinião da autora) a mais adequada a nortear essa concepção, pois se trata de uma ética material dotada de pretensão de universalidade. O princípio material universal da ética afirma que a proteção da vida deve permear todo agir ético normativo. Esse princípio dá o conteúdo material a uma ética que, em um segundo momento, passa pelas exigências da validação discursiva (pois ela não pode ser fruto de autoritarismo) e pelo crivo da factibilidade em um terceiro momento. E os três momentos ainda são considerados a partir de suas perspectivas negativas, de modo a considerá-los criticamente e a partir da perspectiva das vítimas. Para os latino-americanos (e para a dramática realidade latino-americana) essa certamente é uma abordagem adequada. Ver DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão* (para uma representação esquemática dos seis momentos, ver p. 91-92) e também LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*, p. 183-193. A concepção de justiça promovida pela *Ética da Libertação* pode ser considerada uma perspectiva teleológica, pois seus princípios servem a uma finalidade intrinsecamente boa. Em oposição, estariam as perspectivas deontológicas, que afirmam uma prioridade do justo sobre o bom. É o caso da perspectiva kantiana, mas especialmente é o caso da Teoria da Justiça de John Rawls. De natureza liberal-igualitária, essa teoria defende que o justo deve ter prioridade para possibilitar o desenvolvimento de diversas concepções de bem na sociedade (críticas podem ser feitas a essa afirmativa, mas esse não é o objetivo aqui). Ver RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*, e para uma excelente crítica a partir do ponto de vista comunitarista, ver SANDEL, Michael J. *O liberalismo e os limites da justiça*. Para um panorama geral do assunto, GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*.

³³⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*, v.I, p. 36-37.

³⁴⁰ O ponto é defendido pelo orientador desse trabalho, Professor Sérgio Cruz Arenhart, já em suas aulas para a graduação.

corriqueiramente afirmado, deve ser aplicada no momento da decisão e em caso de ausência de provas. Como o juiz não pode deixar de decidir, a dúvida é dissipada pela aplicação da regra do ônus da prova.³⁴¹

Ao contrário do que afirmam os defensores da verdade “real”, essas regras demonstram claramente que a busca pela verdade não pode ser ilimitada.³⁴² Outra clara demonstração disso é a proibição do uso das provas ilícitas no processo. Em que pese as exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada (que afirma que as provas fática e juridicamente vinculadas à prova ilícita são contaminadas por ela), a desconsideração da prova obtida por meio ilícito coloca outro limite no objetivo de elucidação dos fatos.³⁴³

Como já mencionado, a verdade real serve como justificativa para a iniciativa probatória do juiz, num sistema processual que é marcadamente liberal e individualista. Se não fosse assim, esse papel ativo não precisaria ser tão justificado. Em todo o caso, os que defendem a verdade real levantam esse aspecto como argumento favorável à sua tese. Mas o papel ativo do juiz, não só em termos de iniciativa probatória como até mesmo de atenuação do princípio da demanda, é justificável pela prevalência do papel público do processo e de ele versar também sobre direitos indisponíveis.³⁴⁴

³⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, p. 29 e p. 159-162.

³⁴² Michele Taruffo traz uma interpretação diferenciada das duas regras. A regra do ônus da prova e a proibição do *non liquet*, para ele, não autorizam o juiz a dizer que o verdadeiro é falso e vice-versa. Elas somente distribuem entre as partes as falhas no acerto da verdade. Obviamente é possível concordar com a primeira parte do argumento, mas não é porque o juiz não está autorizado a dizer que algo falso é verdadeiro que não há limitação à busca da verdade nessa regra – a limitação é clara. Quanto à coisa julgada, ele defende que ela faz somente o acerto da situação jurídica em litígio, mas não dos fatos discutidos. Essa segunda afirmação pressupõe a existência de uma rígida separação entre questões de fato e questões de direito, que não existe. Nenhum autor conseguiu até hoje definir com precisão essa separação. Para os argumentos do autor, ver *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, p. 1008-1009.

³⁴³ As exceções são as teses do descobrimento inevitável e do descobrimento provavelmente independente. Sobre o assunto, ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, p. 240-259.

³⁴⁴ Ver ARENHART, Sérgio Cruz. *Reflexões sobre o princípio da demanda*. O princípio da demanda determina o objeto do processo e dá somente às partes o poder de dar início ao processo. Ele se sustenta sobre a exigência de imparcialidade do juiz e sobre a natureza disponível dos direitos envolvidos no processo civil.

Além disso, não é possível esquecer que o Direito, embora contenha institutos que também são voltados à verdade (ao menos em tese), é orientado essencialmente à decisão. Decidir vem antes de elucidar o que é verdadeiro (sem esquecer que isso depende da concepção de verdade adotada).³⁴⁵ O processo, como já foi afirmado antes, precisa terminar,³⁴⁶ e a definitividade é traço importantíssimo da tutela jurisdicional.³⁴⁷ E a incontornável necessidade de pôr um fim à discussão por si só inviabiliza que sua finalidade precípua seja a descoberta de uma “verdade” ou o alcance de uma “justiça” em termos de aplicação das normas aos fatos tais como ocorreram (para que se possa dar a cada um o que merece).

Portanto, a discussão acerca da verdade pode ser encerrada por aqui (ao menos no presente trabalho). Ela é incompatível com um processo que precisa produzir algum resultado prático (a prestação da tutela jurisdicional) e não deve ser tomada como meta, pois, qualquer que seja a concepção adotada, ela representa um ideal utópico.

b) Factibilidade como fundamento

No terceiro capítulo, vimos que as metas estabelecidas para as instituições precisam passar pelo crivo da factibilidade para que não sejam gerados os efeitos nocivos de uma busca utópica. Dessa forma, as utopias ficam em seu devido lugar e estabelecem-se como ideais em relação aos quais se pode agir, mas em relação aos quais jamais se pode progredir.

Geralmente, a factibilidade é ligada aos efeitos, e em relação ao Judiciário ela seria tomada como um requisito a ser verificado nas prestações jurisdicionais. Assim, ela estaria presente sempre que a prestação fosse factível.

Na verdade, a ideia de factibilidade aqui defendida é mais complexa. A factibilidade não é só uma propriedade dos efeitos, é *fundamento* da atividade

³⁴⁵ PINTORE, Anna. *Il diritto senza verità*, p. 218. Isso sem entrar nas grandes discussões acerca da inevitabilidade da decisão, que não são exclusivas do Direito. Elas se iniciaram, na verdade, na Ciência Política e têm como marco o pensamento de Carl Schmitt. Ver, por exemplo, *The concept of the political*, p. 43-45.

³⁴⁶ DIDIER JR, Fredie. *Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro*, p. 20.

³⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, p. 136-137.

jurisdicional e do processo. Ela precisa ser considerada no estabelecimento das bases, das metas, na própria concepção da atividade ou instituição que se quer desenvolver.

O *critério de factibilidade* poderia em princípio ser definido, em alguns de seus momentos, da seguinte maneira: quem projeta realizar ou transformar uma norma, ato instituição, sistema de eticidade, etc., não pode deixar de considerar as condições de possibilidade de sua realização objetiva, materiais e formais, empíricas, técnicas, econômicas, políticas, etc., de maneira que o ato seja *possível* levando em conta as leis da natureza em geral e humanas em particular. Trata-se de escolher as mediações adequadas para determinados fins (...) Quem não cumpre essas exigências empírico-tecnológicas tenta um ato *impossível*.³⁴⁸ [grifos no original]

O papel da factibilidade é muito mais amplo e mais profundo. “É um princípio material e formal orientador.”³⁴⁹ Franz Hinkelammert demonstra como o critério vai reduzindo os projetos desde sua concepção. Em primeiro lugar, é preciso observar o que é tecnologicamente possível, e depois, o que é materialmente possível (inclusive e principalmente em termos econômicos).³⁵⁰

Assim, se a escolha fosse manter um sistema processual com as mesmas bases, dando primazia à segurança, mantendo o grande número de recursos e as restrições às execuções, procurando resolver os problemas de funcionamento apenas com o incremento de recursos humanos e materiais, certamente haveria uma melhoria da eficiência do Judiciário. Esse incremento, entretanto, deveria passar pelo crivo da factibilidade, especialmente no que diz respeito à verificação do que é materialmente possível. Certamente, ele não poderia ser infinito. Considerando essas condições, essa seria uma resposta válida para os problemas do terceiro poder; embora não seja a resposta defendida nessa pesquisa.³⁵¹ Ressalte-se que o aumento dos recursos financeiros investidos deve, necessariamente, aumentar, conforme defendido no

³⁴⁸ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*, p. 268.

³⁴⁹ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*, p. 270.

³⁵⁰ HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 318.

³⁵¹ De fato, o Judiciário pode melhorar muito somente com o aumento dos investimentos estatais e esses investimentos são necessários. Mas se essa for a resposta a ser adotada, o incremento dos recursos provavelmente será maior, pois seria preciso aumentar muito a quantidade de magistrados e funcionário para propiciar o retorno adequado à população.

primeiro capítulo, seja qual a resposta que se procure dar ao dilema – e esse aumento precisa ser periódico, conforme a população ou o número de demandas aumenta.

Mas nem todas as metas tecnologicamente ou materialmente possíveis são automaticamente tidas como factíveis. Se assim o fosse, o critério seria afeito à racionalidade instrumental e glorificaria justificações do tipo meio-fim: qualquer coisa técnica e economicamente possível seria factível. Hinkelammert estabelece o critério ético de factibilidade:

(...) nem todos os fins concebíveis tecnicamente e realizáveis materialmente segundo um cálculo meio-fim, são também factíveis; só o é aquele subconjunto de fins que se integram a algum projeto de vida. Quer dizer, fins que não são compatíveis com a manutenção da vida do próprio sujeito, ficam fora da factibilidade.³⁵²

A condição ética impede que o critério torne-se um legitimador da razão estratégico-instrumental totalmente cega, sem nenhum conteúdo material e nenhuma validade formal prévia.³⁵³ Nem todas as metas permitem a consecução de projetos de vida; para isso, precisam atender às condições naturais desses projetos e, por isso, precisam satisfazer necessidades.

Portanto, “para viver é preciso *poder viver*, e para isso é preciso aplicar um critério de *satisfação das necessidades* à escolha dos fins”.³⁵⁴ O sujeito não é livre para escolher, ele precisa satisfazer suas necessidades, e se elas existem, devem ser consideradas antes das preferências e dos gostos no momento de eleição dos objetivos.

Por vezes, a negativa da satisfação das necessidades é encoberta pela satisfação de preferências, mas “a satisfação das necessidades faz possível a vida; a satisfação

³⁵² Tradução livre de: “(...) no todos los fines concebibles son técnicamente y realizables materialmente según un cálculo medio-fín, son también factibles; sólo lo es aquel subconjunto de fines que se integran en algún proyecto de vida. Es decir, fines que no son compatibles con el mantenimiento de la vida del sujeto mismo, caen fuera de la factibilidad.” HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 320.

³⁵³ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*, p. 270.

³⁵⁴ Tradução livre de: “para vivir hay que **poder vivir**, y para ello hay que aplicar un criterio de **satisfacción de las necesidades** a la elección de los fines.” HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 321. [grifos no original]

das preferências a faz agradável. Mas para poder ser agradável, antes tem que ser possível.”³⁵⁵

As metas do sistema processual não atendem, definitivamente, ao critério de factibilidade: em primeiro lugar, por serem utópicas (seja seu objetivo a descoberta de uma verdade “real” ou a formação de uma verdade formal) e, em segundo lugar, por não atenderem à condição ética.

O sistema age como se o ser humano não tivesse necessidades, só preferências. Ou melhor, atua como se cada pessoa geralmente tivesse somente preferências e só esporadicamente, raramente, tivesse necessidades. Afinal, a tutela de urgência não é regra, é exceção. A regra é a tutela demorada e muitas vezes ineficaz.

A prestação de uma tutela voltada à “verdade”, não importando o tempo gasto para alcançá-la, só serve para quem pleiteia uma preferência. Se é para atender somente um gosto, algo que faz a vida mais agradável, a espera não é tão problemática.

Para aqueles que têm necessidades, a tutela prestada pelo Judiciário brasileiro atual é, muitas vezes, inútil. Diante de uma necessidade, os valores que merecem primazia são a celeridade e a efetividade, e não a segurança.

A consideração das necessidades humanas é condição ética de factibilidade e justifica a alteração do valor central do sistema: de segurança para efetividade e celeridade. Isso porque os dois valores caminham juntos, e um provimento judicial não pode ser eficaz se não for célere (salvo em raríssimas ocasiões, geralmente aquelas que envolverem somente preferências).

Um processo que se pretende atinente com as necessidades dos sujeitos deve possibilitar a prestação de tutela efetiva, já que a ausência de tutela assemelha-se ao não reconhecimento do direito pelo ordenamento.

A ausência de tutela para um determinado direito vale pouco mais que o seu não reconhecimento pelo ordenamento. É como a dívida prescrita, ou a resultante de

³⁵⁵ Tradução livre de: “*la satisfacción de las necesidades hace posible la vida; la satisfacción de las preferencias, la hace agradable. Pero, para poder ser agradable, antes tiene que ser posible.*” HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*, p. 322.

jogo: não há modo de atuar-se a pretensão em caso de conflito de interesses. De que vale, então, um direito que não se pode exigir do Estado? Vale apenas para sustentar o discurso neoliberal da falência do Estado, que tudo promete, mas nada cumpre.³⁵⁶

Luiz Guilherme Marinoni sustenta que o direito fundamental à tutela jurisdicional (ele define tutela como “o resultado jurídico-substancial do processo, representando o impacto do processo no plano do direito material”³⁵⁷) deve incidir sobre a estruturação técnica do processo³⁵⁸ e, assim, suas concepções de jurisdição, ação e defesa são centradas na ideia de tutela jurisdicional efetiva.

A exigência de um Judiciário efetivo será atendido sobre um sistema processual que de fato priorize efetividade e celeridade. Mas, para isso, metas factíveis precisam ser estabelecidas, para que assim os problemas estruturais sejam finalmente solucionados.

Propõe-se que, por mais que as utopias que norteiem o processo continuem sendo verdade e justiça (preferencialmente, entendidas de acordo com sua complexidade), suas metas estejam centradas na prestação de tutela efetiva e submetidas à condição ética de factibilidade – a consideração das necessidades concretas dos sujeitos. Dessa forma, ele servirá não mais a uma ilusão e sim à sociedade.

2. Aplicação das novas metas e suas consequências

Se as novas metas do processo estão centradas na prestação de tutela efetiva e sempre levam em consideração as necessidades dos indivíduos, alterações no sistema processual se impõem. Como já exposto no início do presente capítulo, são ideias gerais e que não pretendem ser exaustivas. São um primeiro passo, um esboço, do que poderia ser diferente no Processo Civil brasileiro.

³⁵⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*, p. 32.

³⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, p. 124.

³⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, p. 119.

a) Flexibilização dos procedimentos (ou fim do procedimento ordinário)

A ideia de um único procedimento ordinário, a ser seguido por todos os litigantes em todas as demandas, tem suas raízes na necessidade de promover a igualdade formal entre as partes. A ideia de igualdade formal foi propagada após a Revolução Francesa, num contexto em que era importante assegurá-la para tentar pôr um fim a uma sociedade marcada pelos privilégios de classe. Não se pensava na necessidade de dar tratamento diferenciado de acordo com os direitos pleiteados.³⁵⁹

A defesa da igualdade formal levou à abstração das diferenças entre as pessoas. A inexistência de prestação jurisdicional diferenciada revelou-se também na generalização da tutela pelo equivalente, o que equivale à neutralização das discrepâncias entre os direitos: todas as situações merecem a mesma tutela (no caso, a pecuniária).³⁶⁰

Dentro da ciência processual civil, a uniformização do procedimento foi um objetivo perseguido pelos primeiros processualistas. O estabelecimento de um só procedimento para atender a diferentes direitos serviu para isolar o processo do direito material. “Negar a realidade para cultivar uma pseudociência: este é o pecado da escola sistemática ao insistir na uniformidade procedimental.”³⁶¹

Esses teóricos confundiram a autonomia do processo em relação ao direitos materiais com neutralidade ou indiferença em face desses mesmos direitos, quando uma coisa não implica a outra.³⁶²

O procedimento ordinário, assim, está fundado em bases que hoje não podem mais ser vistas como adequadas: na igualdade formal e na defesa da autonomia da ciência. Mas, além dos pressupostos ultrapassados, ele também traz efeitos perniciosos.

³⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 39.

³⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, volume 5: procedimentos especiais*, p. 19-20.

³⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 44.

³⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 44.

*A universalização do procedimento ordinário também é responsável pela lentidão da justiça. A lamentável confusão entre instrumentalidade do processo e neutralidade do processo em relação ao direito material, que conduziu à supressão das tutelas diferenciadas, foi a principal responsável pelo estabelecimento do procedimento ordinário como procedimento-padrão, que deveria ser capaz de atender às mais diversificadas situações de direito substancial.*³⁶³ [grifou-se]

Muitas vezes, o autor precisa se conformar com a ordinariade e suas consequências, como a plenitude de defesa assegurada ao réu, sendo que a sua ação exigiria um procedimento mais simplificado e célere. Nesses casos, após um longo período, ele irá obter o provimento esperado, mas que pode ser inócuo por diversas razões (desaparecimento do “bem da vida” buscado ou sua inutilidade pelo decurso do tempo, por exemplo).³⁶⁴

Esse tipo de procedimento não é capaz de propiciar uma tutela efetiva, pois não pode se adaptar às diferentes exigências de cada situação ou de cada direito pleiteado. As tutelas devem ser construídas “olhando-se de fora para dentro” – do direito material para o direito processual, portanto.

Um procedimento que desconsidera o que se passa nos planos do direito material e da realidade social, obviamente, não poderia propiciar uma tutela jurisdicional efetiva, pois *a efetividade da tutela jurisdicional depende da predisposição de procedimentos adequados à tutela dos direitos e somente é possível a construção de tutelas jurisdicionais adequadas olhando-se de fora para dentro, ou seja, a partir do plano do direito material.* A neutralidade do procedimento ordinário não permitiu ao processualista, por muito tempo, sequer perceber que o ônus do tempo do processo não pode ser jogado nas costas do autor, como se fosse este fosse o culpado pela má estrutura do poder judiciário e pela falta de efetividade do procedimento comum.³⁶⁵ [grifou-se]

Não é possível afirmar que a ciência processual civil alcançou um novo paradigma – o instrumental – se um dos seus principais dogmas permanece sendo o procedimento ordinário. Se o Direito Processual não é um fim em si mesmo, mas um

³⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 34.

³⁶⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *A “plenitude de defesa” no Processo Civil*, p. 158.

³⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 35.

instrumento para a realização do direito material, ele precisa ser capaz de atender às especificidades dos direitos.

Para atender aos direitos, o processo precisa se adaptar a eles. Instrumentalidade e ordinariedade são irreconciliáveis.

A instrumentalidade do direito processual e, conseqüentemente, da técnica do processo, impõe contudo uma consequência de grande importância. Como todo instrumento, também esse direito e essa técnica devem na verdade adequar-se, adaptar-se, conformar-se o mais estritamente possível à natureza particular do direito substancial e à finalidade de tutelar os institutos desse direito. Um sistema processual será tão mais perfeito e eficaz quanto mais for capaz de se adaptar sem incoerências, sem discrepâncias, a essa natureza e a essa finalidade.³⁶⁶

Essa é a concepção de instrumentalidade do processualista que teria fundado a fase instrumental da ciência, Mauro Cappelletti, e envolve a adaptação e a adequação do direito e da técnica processual. A passagem do paradigma anterior, autonomista, para esse parece improvável no Brasil, país em que o procedimento ordinário é soberano.

Não basta um único tipo de procedimento para todas as possíveis e infinitas situações a serem tuteladas. A uniformidade e a sua suficiência não passam de um mito.³⁶⁷

Existe ainda a alegação de que o procedimento ordinário propicia segurança (mais uma vez a grande base do sistema) pois impede ou ao menos dificulta arbitrariedades dos magistrados. Ora, se esse é o verdadeiro objetivo, a estratégia para atingi-lo está totalmente equivocada. Para controlar os juízes e limitar sua discricionariedade, seria muito mais eficaz criar várias espécies de procedimento, voltadas a objetivos específicos, todas cuidadosamente reguladas. A ânsia pela

³⁶⁶ Tradução livre de: “*La instrumentalidad del derecho procesal y, por ende, de la técnica del proceso, impone sin embargo una consecuencia de gran importancia. Al igual de todo instrumento, también ese derecho y esa técnica deben en verdad adecuarse, adaptarse, conformarse lo más estrechamente posible a la naturaleza particular del derecho sustancial y la finalidad de tutelar los institutos de ese derecho. Un sistema procesal será tanto más perfecto y eficaz, cuanto más sea capaz de adaptarse sin incoherencias, sin discrepancias, a esa naturaleza y a esa finalidad.*” CAPPELLETTI, Mauro. *Ideologías en el derecho procesal*, p. 5-6.

³⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, p. 221-222.

generalidade do procedimento ordinário impossibilita esse controle. O procedimento que quer regular tudo, nesse sentido, não regula nada. As regras genéricas propiciam ainda mais espaço para a criatividade judicial.³⁶⁸

Além disso, não faz sentido algum esse receio. Dá-se ao juiz a responsabilidade e o poder-dever de decidir acerca da existência ou não de um direito material, mas não se dá a possibilidade de adaptar os procedimentos às situações concretas.³⁶⁹ Trata-se de uma segurança extremamente frágil, pois não propicia qualquer domínio do resultado final do processo.

A ordinariedade também é uma simplificação extrema do real. Nos moldes do que já foi defendido até aqui, no presente trabalho, a complexidade da realidade pede soluções complexas. O processo, assim concebido, não consegue sequer se relacionar com o que se pretende tutelar.

Outro aspecto do procedimento ordinário a ser ressaltado é a sua aptidão para a manutenção do *status quo*.³⁷⁰ Ele possui caráter nitidamente conservador, pois zela pela proteção da igualdade formal entre os cidadãos. Numa sociedade desigual, ela só possibilita e assegura que a desigualdade permaneça.³⁷¹ Nesse tipo de sociedade, a promoção da igualdade material é imprescindível e demanda que a ideia “igualdade” seja compreendida de forma complexa, o que não é possível se a todos é dado tratamento homogêneo.³⁷²

Portanto, a transição para um novo paradigma do direito processual civil exige o fortalecimento da instrumentalidade processual – em oposição ao desligamento e à

³⁶⁸ DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, p. 55.

³⁶⁹ Um juiz mal intencionado (no sentido de corrupto, por exemplo) é um juiz mal intencionado e não é a consecução de um rito que irá impedir que suas más intenções se concretizem.

³⁷⁰ Sergio Chiarloni percebe uma relação entre o procedimento ordinário e quatro tipos de interesses: das empresas de seguros, das empresas industriais, da corporação dos advogados e da burocracia judiciária. Ele também ressalta que a duração do processo, mais longa também por causa da ordinariedade, força as partes com menos recursos a fazerem acordos pouco vantajosos, somente por não puderem suportar a morosidade – que geralmente não é o caso dos quatro grupos mencionados. *Introduzione allo studio del Diritto Processuale Civile*, p. 64 e p. 69.

³⁷¹ SILVA, Ovidio Araújo Baptista. *A “plenitude de defesa” no Processo Civil*, p. 164.

³⁷² Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

alienação do paradigma autonomista – e para isso é preciso abrir mão da ordinariade.

b) Exequibilidade das decisões de 1º grau

O Judiciário brasileiro, assim como o de outros países pertencentes à tradição de *civil law*, caracteriza-se por uma estrutura hierarquicamente organizada. A hierarquia é rígida e há forte desigualdade entre magistrados de diferentes escalões.³⁷³ Apesar dos juízes de 1º grau serem dotados de autoridade e aptos a proferir decisões em primeira instância, elas são geralmente submetidas a uma revisão abrangente pelos órgãos de jurisdição superiores.³⁷⁴

A revisão não é tida como excepcional ou extraordinária: ela é a etapa subsequente da primeira decisão, como se esta fosse uma sequência natural e inevitável.³⁷⁵ Além disso, todo o provimento do primeiro julgador pode ser alterado por seus revisores: no segundo grau de jurisdição brasileiro, há possibilidade de revisão de tudo o que foi apreciado.³⁷⁶

Não é necessário demonstrar que houve alguma nulidade, erro ou falha do juiz.³⁷⁷ Independentemente da comprovação de qualquer problema no primeiro julgamento, sempre há a possibilidade de outro.

³⁷³ Essa desigualdade é revelada, por exemplo, na possibilidade de retratação que é dada aos julgadores de segundo grau de jurisdição após o julgamento de uma ação repetitiva pelo Superior Tribunal de Justiça.

³⁷⁴ DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, p. 19-20.

³⁷⁵ DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, p. 48.

³⁷⁶ A apelação é um recurso de devolutividade ampla – vide o artigo 515 do Código de Processo Civil e seus dois primeiros parágrafos:

“Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.”

³⁷⁷ DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, p. 49.

Dessa forma, a primeira decisão adquire uma “aura de provisoriedade”.³⁷⁸ Nada mais natural, portanto, que adiar os efeitos dessa decisão. Nos sistemas hierarquizados, é comum postergar a exequibilidade das decisões de primeiro grau até que outras instâncias se pronunciem.³⁷⁹

Essa provisoriedade já está tão arraigada no imaginário dos juristas que qualquer questionamento ou proposição de exequibilidade direta e completa das sentenças é tido como autoritário.³⁸⁰ É como se não houvesse a possibilidade de a primeira decisão ser definitiva.³⁸¹

A opção por essa protelação dos efeitos é justificada sempre com a probabilidade de o juiz de primeiro grau ter cometido algum erro ao decidir, seja sobre o fato, seja sobre o direito.

Desmistificada a ideia de verdade, fica difícil justificar essa revisão “obrigatória” (praticamente obrigatória, ao menos). A noção de “erro” levantada casualmente pelos juristas é estreitamente relacionada com a verdade “real”, com o correspondentismo e com a perspectiva do “olho de Deus”.

³⁷⁸ No original, “aura of provisionality”. DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, p. 49.

³⁷⁹ Existem exceções, como nos casos de antecipação de tutela e das medidas cautelares, mas em regra a decisão de primeiro grau carece de exequibilidade imediata. De acordo com o art. 520 do Código de Processo Civil, a apelação geralmente tem efeito suspensivo. Na verdade, ela não suspende a execução da sentença, pois ela já nasce sem exequibilidade, que só é adquirida se, decorrido o prazo para a interposição, não houver apelação. A sentença só produz efeitos após o término do prazo recursal. Conferir MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 2: *processo de conhecimento*, p. 527.

³⁸⁰ O Anteprojeto do novo Código não mais prevê o efeito suspensivo da apelação como regra (ele passa a ser excepcional). Como já mencionado, há quem diga que o projeto é autoritário e um dos motivos para o suposto autoritarismo é justamente esse (motivo nº 9, especificamente). MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *Projeto institui uma nova justiça de caráter autoritário*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0412201043.htm>>.

³⁸¹ O que não é verdade. Damaška divide as possibilidades de organização das autoridades judiciais em dois tipos ideais: o coordenado e o hierárquico, que corresponde ao Judiciário brasileiro (não exatamente – afinal, é um tipo ideal). No primeiro, *presume-se que a primeira decisão é final*. Somente no segundo a possibilidade de recurso é considerada característica do devido processo legal. DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, p. 49-50 e p. 57.

Trata-se de mais um efeito nocivo da adoção de uma utopia como meta, e que revela o quanto o processo ainda está atrelado à busca da verdade. A cada novo julgamento, estaríamos mais próximos de alcançá-la.

Sendo a verdade um ideal utópico – seja qual for a concepção adotada – ela é inalcançável. Não há como progredir em sua direção, e isso vale para a primeira, segunda ou milionésima decisão.

Temerosamente, argumenta-se com a possibilidade de decisões totalmente absurdas³⁸² produzirem efeitos imediatos. Mas o risco de absurdidade ainda existe na derradeira decisão, aquela que é irreversível e produzirá, inevitavelmente, algum efeito.

Não há nenhuma lógica em exigir uma dupla apreciação dos fatos discutidos no processo – a segunda não será necessariamente melhor que a primeira. Existe, como já mencionado, uma natural relutância em aceitar provimentos desfavoráveis,³⁸³ mas ela é superada em algum momento: alguma decisão há de ser definitiva.³⁸⁴

Existe, inclusive, a possibilidade de que a última decisão seja ridiculamente absurda, enquanto a primeira era muito mais razoável. Os riscos funcionam da mesma maneira para todas as decisões, embora as pessoas frequentemente se esqueçam disso.³⁸⁵

A previsão de inúmeras revisões também tem outra consequência: ela exige que a matéria a ser revisada seja reduzida a cada escalão da hierarquia. Não há como esperar que a apreciação do caso seja igualmente profunda e ampla em todas as instâncias. Dessa forma, os níveis hierárquicos superiores avaliarão somente alguns aspectos do caso discutido e nos outros, aceitarão o que foi definido por seus

³⁸² Como as que são fundamentadas num sentido e decidem em outro, diametralmente oposto.

³⁸³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Teoria geral do processo civil*, p. 278; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 2: *processo de conhecimento*, p. 509; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*, p. 21.

³⁸⁴ Isso já foi ressaltado no passado. Alcino Salazar escreveu, na década de 1970, pela definitividade e irreversibilidade do primeiro julgamento: “A dualidade de instancias é só uma transigência com a natureza humana, que não se conforma em regra com o primeiro julgamento”. SALAZAR, Alcino. *Poder Judiciário: bases para reorganização*, p.181.

³⁸⁵ Como já explicado no segundo capítulo, as pessoas muitas vezes encaram os riscos com um otimismo exacerbado, característico do *optimism bias* ou *disaster myopia*. BLACK, Julia. *Empirical legal studies*, p. 31; SUNSTEIN, Cass R. *Introduction*, p. 4.

inferiores. Eles decidem, portanto, um caso pré-avaliado e editado pelos primeiros juízes. Seus pronunciamentos devem ser mais genéricos, menos sensíveis a particularidades que os iniciais.³⁸⁶

Dessa maneira, no Judiciário brasileiro, apenas as duas primeiras instâncias apreciam, em tese, matérias de fato e de direito. O sistema foi concebido de forma que somente os recursos ordinários fossem voltados à justiça do caso concreto. Os recursos excepcionais (especial e extraordinário) seriam vocacionados unicamente à uniformização das leis federais ou da Constituição (respectivamente). Dessa forma, afirma-se que só existem duas instâncias de julgamento no país.

Essa separação, na verdade, muitas vezes é impossível, pois a interpretação envolve elementos factuais. Outras vezes, uma nova interpretação impõe a aplicação de outra regra e, portanto, demanda algum tipo de exame dos fatos. A aplicação dessa separação, em absoluto, não é cumprida por nenhum tribunal,³⁸⁷ de modo que existem até quatro instâncias de julgamento no Poder Judiciário.

Essa foi a delimitação dos pontos a serem apreciados pelos mais altos escalões particularmente adotada no caso brasileiro. Essa divisão procura atuar no nível de generalidade do que é observado para o julgamento. Assim,

(...) a superioridade dos oficiais aumenta na proporção da generalidade de seu conhecimento. É neste sentido que, como alguns estudantes da burocracia

³⁸⁶ DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, p. 20.

³⁸⁷ O melhor exemplo é o Superior Tribunal de Justiça, que apesar de sua súmula 7 vetar o reexame de provas, frequentemente se imiscui em matérias indiscutivelmente factuais. É o caso das indenizações por dano moral: o tribunal comumente altera o valor para garantir a sua “razoabilidade”: “Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Redução da indenização por dano moral para adequá-la aos parâmetros da jurisprudência do STJ para casos análogos” (AgRg no REsp 866737 / CE). O “excepcionalmente” do julgado é meramente retórico (vide REsp 997479 / SP, AgRg no REsp 983827 / RN, REsp 919656 / DF, REsp 1209341 / SP, REsp 912772 / RS, entre outros, todos de 2010, com julgamento entre outubro e dezembro). Não se critica a “intromissão” nas questões de fato, já que a separação é extremamente complicada; só se quer demonstrar que isso é frequentemente desconsiderado (até pela dificuldade da distinção).

afirmaram, “o topo compreende universalidades, os mais baixos escalões entendem particularidades.”³⁸⁸

Por conseguinte, existem varas (em primeiro grau), turmas ou seções especializadas (nos tribunais) e no Supremo Tribunal Federal, duas turmas que decidem acerca de todas as matérias. A generalidade do conhecimento e dos assuntos tratados aumenta conforme se sobe na hierarquia – e não poderia ser diferente.³⁸⁹

Entretanto, não há nada que indique que um julgamento em termos mais generalizados seja melhor que um realizado por um órgão especializado da jurisdição e com a consideração das peculiaridades do caso – mas é o que o sistema parece afirmar.³⁹⁰

A hierarquia dura também dificulta a concretização de fatores que aumentariam a celeridade do processo, como a oralidade. Embora a doutrina sustente que a oralidade é um princípio do sistema processual civil brasileiro,³⁹¹ ela dificilmente é verificada na prática: o processo é predominantemente escrito.³⁹² É difícil revisar a decisão de um processo predominantemente oral, por isso, o pouco que é definido oralmente acaba transcrito nos autos para possibilitar o reexame pelas instâncias

³⁸⁸ Tradução livre de: “(...) *the superiority of officials increases in proportion to the greater generality of their knowledge. It is in this sense that, as some students of bureaucracy have claimed, ‘the top understands universals; the lower echelons understand particulars.’*” DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, p. 20.

³⁸⁹ Caso contrário, seriam necessárias de mais de uma dezena de turmas no Supremo Tribunal Federal.

³⁹⁰ Há quem defenda que a maior experiência dos desembargadores e ministros é fator determinante na “qualidade” das decisões. Isso até poderia ser verdadeiro em alguns casos, mas a funcionalização do Judiciário faz com que a probabilidade de um caso ser decidido por um assessor ou estagiário (via de regra, menos experientes que juízes de primeiro grau) aumente conforme se sobe na hierarquia.

³⁹¹ Ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 196 (ele trata a oralidade como regra técnica que expressa os princípios gerais do processo); SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*, p. 47-48.

³⁹² Isso também ocorre na Itália, segundo Sergio Chiarloni (*Introduzione allo studio del Diritto Processuale Civile*, p. 9).

superiores.³⁹³ As vantagens da oralidade, como a celeridade e a economia, restam perdidas.³⁹⁴

Num sistema hierarquizado e marcado pela revisão das decisões, o juiz de primeiro grau é figura desvalorizada,³⁹⁵ equivalente a um mero instrutor do caso. Suas decisões têm pouco ou nenhum impacto, embora ele tenha contato direto com as partes e com as provas: “o duplo grau tem uma nítida relação com a ideia de que o juiz de primeiro grau não merece confiança e, portanto, ter poder para decidir sozinho as demandas.”³⁹⁶

A execução e o cumprimento das decisões geralmente ficam a cargo do juiz de primeiro grau, e atualmente os processos nessa fase são os mais congestionados de todo o Judiciário: a média da Justiça Estadual é de 90% (no Paraná, 91%).³⁹⁷ Esses valores são especialmente relevantes porque indicam a “taxa de sucesso” de todos os processos que exigem execução jurisdicional (o que corresponde a boa parte dos processos) e somente ao término dessa fase a decisão terá provocado os seus efeitos. Pelos números, percebe-se que é a absoluta minoria dos processos que progride nessa fase e que, portanto, quase todos (ou a esmagadora maioria) simplesmente não andam. Ressalte-se que é essa fase que traz os resultados que impressionam a população em geral e o seu insucesso certamente é uma das principais causas da péssima imagem do Judiciário junto aos não juristas.

³⁹³ DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, p. 50.

³⁹⁴ Chiovenda já alertava que não se pode entender como oral o processo que apenas prevê a realização de audiências e exige que todas as razões (de fato e de direito) sejam expostas por escrito. Para que haja oralidade, é preciso que exista debate oral – o que certamente não existe no Judiciário brasileiro. Ele também atenta que a oralidade traz celeridade, imediatidade (no sentido de que o juiz deve conhecer o processo não por meio de “escritos mortos”, mas pelas impressões percebidas), concentração (dos atos processuais) e identidade física do juiz (o mesmo juiz preside todo o processo). CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*, t. II, p. 131-135.

³⁹⁵ Também não é exclusividade do caso brasileiro. CAPPELLETTI, Mauro. *Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano*, p. 278.

³⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 153.

³⁹⁷ Como mencionado, essa taxa é obtida dividindo o número de processos não baixados pela soma dos casos novos e dos casos pendentes. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009*, p. 170.

Impõe-se, assim, maior efetividade nesses casos. Se existe o direito à tutela efetiva, seu corolário é o direito ao meio executivo adequado.³⁹⁸ As alterações no art. 461 do Código de Processo Civil certamente representaram um grande avanço, por tornarem possível a escolha (feita pelo juiz) da técnica processual idônea para tutelar a situação concreta.³⁹⁹ A lei autoriza a fungibilidade entre as técnicas mandamental e executiva para a tutela de prestações de fazer, não fazer e entregar coisa. Entretanto, não há essa mesma previsão para casos de pagamento em dinheiro (disciplinados pelo art. 475-J),⁴⁰⁰ que certamente representam uma parcela considerável dos processos.⁴⁰¹ As alterações, portanto, não foram suficientes. E mesmo nos casos em que o magistrado é livre para escolher o meio executivo adequado, os juízes muitas vezes agem timidamente.

É preciso garantir a exequibilidade das decisões de primeiro grau, em suma. A impossibilidade de sua execução imediata, completa e efetiva (pelos meios executivos adequados) certamente é um dos fatores que contribuem para o mau funcionamento do Judiciário. Além disso, a exequibilidade deixará inócuos os recursos com fins exclusivamente protelatórios: se a decisão era impugnada somente para que a parte ganhasse tempo, procrastinando o seu cumprimento, esse fim não será mais alcançado: afinal, a decisão já terá sido cumprida antes do julgamento em segunda instância.⁴⁰²

A “aura de provisoriedade” que envolve as decisões proferidas em primeira instância são um efeito da busca de má infinitude pela verdade por meio do processo. Ela certamente não conduz a um processo civil factível. Sem a falsa ideia de que a

³⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, p. 138.

³⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, p. 121.

⁴⁰⁰ Nesses casos, o início da fase de cumprimento da sentença está condicionado ao pedido do autor e a execução está vinculada à sub-rogação real. Apesar de o art. 475-J prever a aplicação de multa caso o réu não cumpra espontaneamente a decisão, essa multa não tem caráter coercitivo, por ter valor fixo (10%) e por ser irrepetível. ARENHART, Sérgio Cruz. *Sentença condenatória para quê?*, p. 614-615 e p. 629-631.

⁴⁰¹ Supõe-se, já que não há estatística que traga dados tão precisos.

⁴⁰² Àqueles que temem o que pode acontecer se a decisão for alterada após o julgamento nas instâncias superiores, cabe lembrar que hoje a execução é definitiva na pendência do agravo de instrumento para a subida do recurso especial ou extraordinário, ou seja, a execução se torna definitiva quando ainda há a possibilidade de alteração (antes do trânsito em julgado). Além disso, em tese a decisão pode ser alterada até o término do prazo para a ação rescisória.

cada decisão aproxima-se mais e mais da verdade (e, conseqüentemente, nos termos aqui tratados, de justiça), essa provisoriedade não se sustenta, não se justifica e não faz o menor sentido.

c) Verdadeiro acesso à justiça

Após a Constituição de 1988, difundiu-se no Brasil o *mito do acesso à justiça*. A carta consagrou o acesso à justiça como direito fundamental em seu art. 5º, LXXIV, e isso, somado ao aumento do número de demandas, foi tido como evidência desse acesso.

Como já mencionado, não há que se falar em acesso à justiça enquanto não existirem, em todos os Estados do país, defensores públicos nos termos estabelecidos pela Constituição.⁴⁰³ E a população deve poder se valer da Defensoria Pública com facilidade, de modo que ela precisa estar em muitos municípios do Estado, ao invés de concentrar-se na capital.

De nada adianta a isenção de custas se a parte não pode arcar com os honorários iniciais de seu advogado. A justiça gratuita, em muitos casos, é insuficiente.

(...) a pergunta inicial – a justiça é igual para todos? - , longe de ser, como se pretende, retórica ou francamente demagógica, evidencia uma amarga realidade. Nossos juízes administram ainda hoje uma justiça frequentemente inacessível às classes não privilegiadas.⁴⁰⁴

⁴⁰³ Em cargos de carreira, providos por concurso público de provas e títulos, de acordo com o art. 134, §1º, da Constituição.

⁴⁰⁴ Tradução livre de: “(...) *la pregunta inicial – la justicia es igual para todos? -, lejos de ser, como alguno pretende, retórica o francamente demagógica, pone a la luz una amarga realidad. Nuestros jueces administran aún hoy una justicia frecuentemente inaccesible a las clases no privilegiadas.*” Mauro Cappelletti escreveu esse artigo na década de 1970, indignado com mais de vinte anos de violação da Constituição italiana, que previa o acesso à justiça, mas esse acesso não era efetivado por ausência de lei que o regulamentasse. À época, um projeto de lei com essa finalidade havia sido proposto, mas ele ainda lamentava por sua insuficiência: ele não previa a criação de uma defensoria pública. CAPPELLETTI, Mauro. *La justicia es igual para todos?*, p. 151.

A importância do tema é crucial. Se a ausência de tutela vale pouco mais que o não reconhecimento do direito pelo ordenamento,⁴⁰⁵ a existência de uma parcela da população que é privada da tutela jurisdicional evidencia que uma parte das pessoas padece de impossibilidade prática de ter seus direitos reconhecidos.

A situação atual não evidencia só a profunda desigualdade social do país, mas também o descaso com os direitos dos mais pobres.

“A lei é igual para todos” é uma bela frase que consola o pobre quando a vê escrita acima das cabeças dos juízes, nas paredes de fundo dos tribunais; mas quando se apercebe de que, para invocar a igualdade da lei em sua defesa, é indispensável o auxílio do dinheiro que ele não possui, então aquela frase parece um escárnio à sua miséria: como se lesse escrito num muro que, graças à liberdade de imprensa, todos os cidadãos são igualmente livres para publicar um grande jornal ou, graças à liberdade de ensino, todos os cidadãos são livres para mandar os filhos para a universidade.⁴⁰⁶

Ressalte-se, mais uma vez, que os efeitos do péssimo funcionamento do Judiciário são percebidos de maneira inversamente proporcional à condição social do litigante: quanto mais rico, menos intensos são esses efeitos. Para quem tem muito pouco, a morosidade e a inefetividade das prestações jurisdicionais assumem uma gravidade muito maior.⁴⁰⁷

Além da completa negação do acesso à justiça, que ocorre entre os mais pobres que não podem contar com defensores gratuitos, existe uma certa dificuldade desse acesso para boa parte da população brasileira – mesmo aqueles que não se enquadrariam entre os beneficiários da justiça gratuita.

⁴⁰⁵ Conforme já mencionado neste mesmo capítulo, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*, p. 32.

⁴⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 31-32.

⁴⁰⁷ Barbosa Moreira define dois critérios para a configuração de um processo socialmente efetivo: “de acordo com o primeiro, será socialmente efetivo o processo que se mostre capaz de veicular aspirações da sociedade como um todo e permitir-lhes a satisfação por meio da justiça. Consoante o segundo, merecerá a denominação de efetivo, do ponto de vista social, o processo que consinta aos membros menos bem aquinhoados da comunidade a persecução judicial de seus interesses em pé de igualdade com os dotados de maiores forças – não só econômicas, senão também políticas e culturais.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Por um processo socialmente efetivo*, p. 183.

Essa dificuldade é provocada pelo sistemas de custas, que é exatamente o oposto do que deveria ser. A propositura de uma ação no primeiro grau de jurisdição pode ter custas altíssimas (variam de acordo com o Estado), mas elas vão diminuindo conforme se ascende na hierarquia do Judiciário: instâncias mais altas, custas menores.⁴⁰⁸ Dessa forma, as custas em primeiro grau muitas vezes são muito altas para a classe média do país, o que dificulta seu acesso.⁴⁰⁹ O lógico seria justamente o contrário (custas acessíveis em primeiro grau, custas mais altas para os recursos excepcionais).

Não há como falar em processo factível sem asseguarção de um verdadeiro acesso à justiça: isso é indispensável a um processo de metas centradas na prestação de tutela efetiva e principalmente, que atende à condição ética de factibilidade e considera as necessidades dos indivíduos. Afinal, impossível atender a essa condição se há exclusão dos mais necessitados.

d) Incremento dos recursos materiais

A insuficiência dos investimentos no Poder Judiciário brasileiro já foi exaustivamente demonstrada no primeiro capítulo. Entretanto, não é demais ressaltá-la, tendo em vista que ela é quase sempre ignorada.

Não há como esperar que o Judiciário funcione bem sem os investimentos adequados. O Brasil disponibiliza recursos muito inferiores aos que são disponibilizados em países que possuem um terceiro poder mais eficiente.

É necessário aumentar o número de juízes, que é muito pequeno se comparado (proporcionalmente) ao desses países. Também é preciso aumentar o número dos auxiliares na mesma proporção em que for elevada a quantidade de julgadores.

⁴⁰⁸ Um recurso extraordinário custa menos de 150 reais (R\$ 128,96, exatamente). Um recurso especial também (R\$ 116,99). Disponíveis em (respectivamente): <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoTabelaCusta>> e <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=1015#3>.

⁴⁰⁹ Os Juizados Especiais tentaram corrigir o problema, mas ele persiste para todos os casos que superam o teto das causas de sua competência (40 salários mínimos). Isso sem mencionar os particulares problemas de morosidade e inefetividade que esses juizados enfrentam.

E mesmo após o incremento dos recursos materiais, ainda é preciso utilizá-los de maneira adequada. Eles devem ser distribuídos entre todos os processos a serem julgados, de acordo com o *princípio da proporcionalidade*.

Segundo Remo Caponi, esse princípio tem origem inglesa e determina que a cada causa, na medida do possível, deve ser atribuída uma cota apropriada dos recursos do juiz, pois é preciso reservar recursos para o julgamento de outros casos.

A proporcionalidade, assim, significa

tratar a causa de modo proporcional ao seu valor, à sua importância, à complexidade das questões que ela apresenta, à situação econômica de cada uma das partes, além de atribuir a ela uma quota adequada dos recursos do juiz, tendo em conta a necessidade de reservar recursos às outras causas.

Ela deve ser aplicada sob um duplo aspecto: primeiro, em relação às características de cada causa em si; e, segundo, em relação à causa a ser julgada e as demais.⁴¹⁰

A singeleza do princípio não deve encobrir o fato de que no Judiciário brasileiro ele nunca é considerado. Não se pensa, aqui, em considerar o tempo gasto com um processo em relação ao tempo que deverá ser gasto com outros, que é uma consideração essencial.

3. Uma verdadeira crise do processo civil

Ao final, retornando à ideia de crise, pode-se afirmar que o diagnóstico do Judiciário brasileiro está equivocado. Não há uma crise passageira, pois seu mau funcionamento é causado por problemas estruturais, que são resultado da

⁴¹⁰ Toda a descrição do princípio: CAPONI, Remo. *O princípio da proporcionalidade na justiça civil*: primeiras notas sistemáticas. Palestra proferida no Congresso de Direito Processual, em outubro de 2010, em Curitiba, traduzida pelo Professor Sérgio Cruz Arenhart. Também disponível em < <http://unifi.academia.edu/remocaponi/Papers>> (*Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*).

preponderância da segurança como valor fundante do sistema, em detrimento da celeridade e da efetividade.

Essa preponderância pode ser demonstrada de outras formas. Alguns princípios do Processo Civil são defendidos e preservados sempre, enquanto outros são mitigados sempre e sem causar alarde.

Princípios como o da ampla defesa, do contraditório e a recorribilidade das decisões são sempre reafirmados. Qualquer tentativa de reduzi-los, mesmo que para equilibrá-los com outros princípios, é geralmente rejeitada.

Já princípios como a imediatidade, a identidade física do juiz, a concentração dos atos processuais e a oralidade praticamente não existem na prática do sistema, de tão diminuídos. Enquanto a ameaça aos primeiros gera revolta na doutrina, a ausência dos segundos já é tão comum que não espanta ninguém.

A escolha dos princípios que sempre são mitigados, assim como dos que são preservados, revela o valor fundante e privilegiado no processo civil brasileiro: a *segurança*. E isso se dá em detrimento da celeridade (e, conseqüentemente, da efetividade). Os dois valores não são sempre opostos, mas frequentemente colidem e não podem ser conciliados em absoluto: um sempre irá se sobressair.

As restrições aos princípios preservados são frequentemente abrandadas e até mesmo mascaradas. Tome-se como exemplo a repercussão geral. Para que um recurso não seja conhecido pela ausência de repercussão geral, ela precisa ser declarada por dois terços do Supremo Tribunal Federal, ou seja, oito ministros dentre onze (art. 102, § 2º, da Constituição). Dentro das turmas, caso quatro ministros afirmem a presença da repercussão, ela não precisa ser apresentada perante o plenário (art. 543-A, § 3º, do Código de Processo Civil), pois o *quórum* para a negação da repercussão não pode mais ser atingido. Em todo o caso, parece ser difícil que o conhecimento de um recurso seja recusado por não cumprir esse requisito. Se não fosse assim, a doutrina teria se agitado mais.

Entretanto, dentre as metas do Supremo Tribunal Federal, estabelecidas pela própria corte, está a meta número 2.⁴¹¹ De acordo com ela, um dos objetivos do tribunal é reduzir o número de processo em 30% mediante a aplicação do instituto da repercussão geral. Dessa forma, a grande restrição ao cabimento dos recursos foi disfarçada como uma leve redução do acesso à mais alta corte do país.⁴¹²

A segurança ainda vem atrelada à ideia de verdade e, conseqüentemente, à ideia de justiça (pois geralmente elas estão ligadas no processo – é preciso saber a verdade para proferir uma decisão justa, que dá a cada parte o que lhe é devido). Juntas, tornam-se impenetráveis.

Ideais utópicos, como “verdade” ou “justiça”, atuam como *discussion stoppers* e até mesmo como *thought stoppers*.⁴¹³ Eles paralisam a discussão e impedem que se argumente contrariamente a eles. É muito difícil ir contra ideais tão bonitos e tão profundamente enraizados no imaginário humano.

Dessa forma, os que são contrários às metas utópicas são rotulados de céticos e relativistas. Só é possível estar em um dos dois extremos: ou bem se acredita na verdade e se defende a segurança no processo, já que ela pode levar ao verdadeiro (ao contrário da celeridade), ou se é visto como descrente. As discussões de processo civil, portanto, muitas vezes oscilam entre esses dois extremos, sem questionar o que existe entre eles.

O processo fundado na segurança se torna um fim em si mesmo. Por não ser célere nem eficaz, perde a capacidade de atuar como instrumento. Não há instrumentalidade num sistema que demora tanto para dar a tutela esperada que ela se torna inútil, ou em que os casos terminam em uma execução ineficaz.

Além disso, a segurança gera um temor em relação à própria atividade judicante. Procura-se impedir que o magistrado faça justamente aquilo que tem o dever

⁴¹¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfPlanoMetas>>.

⁴¹² Não se deseja aqui ir contra as restrições ao cabimento dos recursos. Somente se quer demonstrar que a restrição, nesse caso, foi ocultada.

⁴¹³ Paralisadores de discussão e paralisadores de pensamento. As expressões são de Putnam. PUTNAM, Hilary. *The collapse of the fact/value dichotomy and other essays*, p. 44.

de fazer – a única razão de ele estar atuando como juiz – decidir e fazer com que sua decisão seja cumprida. Esse receio é típico das concepções que ainda inspiram o processo civil brasileiro, até o momento no paradigma autonomista: concepções liberais e individualistas, que não foram superadas.

O sistema processual, dessa forma, revela-se compromissado com a manutenção do *status quo* e relacionado à

(...) ideia de que, sem a intervenção das cortes ou outros órgãos estatais, a sociedade encontrar-se-ia em estado de harmonia natural. Como é sugerido pelo próprio conceito de controvérsia, a história admite que o sujeito da adjudicação é um evento anormal que desordena um mundo considerado, até então, satisfatório. Ele também sugere que a função da adjudicação é restaurar o status quo.⁴¹⁴

Mas não precisa ser assim. O processo pode ser outro, que “(...) nega essa afirmação e questiona a justeza do status quo. Ele é baseado em um ceticismo com relação à distribuição de poderes e privilégios existente na sociedade (...).”⁴¹⁵

Se as bases, os valores fundantes, as metas e até mesmo as finalidades últimas forem fortemente questionadas pelos doutrinadores do presente, aí uma verdadeira crise da ciência, na acepção de Thomas Kuhn, pode se instalar. E essa crise, ao contrário da “crise” do Judiciário, pode ser extremamente benéfica.

⁴¹⁴ FISS, Owen. *Um novo processo civil*, p. 112.

⁴¹⁵ FISS, Owen. *Um novo processo civil*, p. 112.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“‘Would you tell me, please, which way I ought to go from here?’ ‘That depends a good deal on where you want to get to’, said the Cat. ‘I don’t much care where’, said Alice. ‘Then it doesn’t matter which way you go’, said the Cat.”⁴¹⁶

Lewis Carroll

Os objetivos do Processo Civil são extremamente importantes para a análise de seu funcionamento e de sua estrutura. Somente a partir deles é possível decidir o que se deve mudar e para que será mudado.

As medidas adotadas até hoje para solucionar a “crise” do Judiciário foram elaboradas sem que se soubesse o que deveria ser modificado. Foram definidas sem uma noção de quais erros, especificamente, precisavam ser consertados. Como se atacassem moinhos de vento, elas foram implementadas a esmo.

O diagnóstico de crise é equivocado, tanto se considerada sua acepção corriqueira ou outra, mais específica. Como o Judiciário brasileiro nunca conseguiu atender às demandas da população (nunca conseguiu julgar todos os processos em tempo hábil), sempre se reclamou de uma “crise”; entretanto, como não houve um período de funcionamento normal com o qual se possa comparar a situação atual, não há como avaliar o estado de hoje como crítico.

Também não há uma crise no sentido de período anterior a uma revolução científica. O desenvolvimento do processo civil, que geralmente é dividido em três etapas (sincretista, autonomista e instrumentalista), na verdade está paralisado no paradigma autonomista desde o seu surgimento. A fase sincretista pode ser caracterizada como pré-ciência, e a instrumentalista nunca se realizou.

⁴¹⁶ Em *“The adventures of Alice in Wonderland”*. Tradução livre: “‘Poderia me dizer, por favor, que caminho devo tomar para ir embora daqui?’ ‘Depende bastante de onde quer chegar’, respondeu o Gato. ‘Não me importa muito onde’, disse Alice. ‘Então não importa que caminho tome’, disse o Gato.”

Mas mesmo que houvesse uma crise, tais medidas não teriam sido capaz de solucioná-la. A grande maioria delas confia em um efeito educativo para atingir sua eficácia máxima. Assim, é necessário que os litigantes aprendam com atos processuais que não obtiveram sucesso no passado e não os repitam. Entretanto, o ponto de partida dessas medidas é equivocado, pois elas pressupõem que todas as partes têm um único objetivo processual: “ganhar”, ou ter seu pedido declarado procedente enquanto o da parte contrária é tido como improcedente. Existem outros interesses envolvidos e fatores externos à relação jurídica processual que influenciam nas decisões tomadas no decorrer do processo. Dentre eles, o tempo é um dos principais. Litigantes habituais geralmente suportam melhor a morosidade que os eventuais. Para os primeiros, muitas vezes é vantajoso prolongar a duração do processo ao máximo.

Além disso, a maioria das medidas é voltada ao descongestionamento dos tribunais. O acúmulo de processos no primeiro grau de jurisdição parece não merecer a atenção dos reformadores, tampouco a inefetividade da fase executiva do processo. Na verdade, as tentativas de solução geralmente operam empurrando o excesso de trabalho para as instâncias inferiores, esquecendo-se que cada novo instituto criado para barrar o seguimento de recursos gera novos incidentes recursais, e que algum magistrado precisa analisar o recurso não conhecido (ainda que ele não seja membro do tribunal ao qual o meio de impugnação foi dirigido).

O diagnóstico oculta alguns aspectos importantes da realidade do Judiciário. Primeiramente, esconde que as tentativas implementadas até agora não tiveram os resultados esperados, e que não se sabe precisar sua eficácia pela ausência de uma estatística judiciária detalhada. Em segundo lugar, ele mascara a falta de investimentos adequados no terceiro poder. A falta de recursos materiais é extremamente relevante para o mau funcionamento do Judiciário, e no caso brasileiro ela é grave – os investimentos são inferiores aos de muitos países. Definitivamente, não existem magistrados suficientes para atender às demandas da população.

Todavia, a designação do fenômeno como crise serve a algumas finalidades. Especialmente serve como justificadora de todas as reformas já realizadas no Direito Processual Civil do país, evitando o prolongamento das discussões sobre o assunto;

mas também desvia a atenção de outros problemas gravíssimos, como a falta de acesso à justiça (pois não existem defensorias públicas em todos os Estados do país) e a inefetividade dos meios executivos.

Na verdade, as raízes do mau funcionamento do Judiciário são mais profundas. Ele é causado pelas bases do sistema, pela sua própria estrutura: são problemas estruturais. O sistema processual privilegia o valor segurança em detrimento da celeridade e da efetividade. Embora esses valores não sejam excludentes, eles não são conciliáveis em absoluto. A primazia de um sempre se dá a partir da minoração do outro. O funcionamento, lento e inefetivo, está de acordo com o valor fundante. Se o processo no Brasil não foi feito para ser célere e eficaz, não há porque se espantar quando se percebe que ele de fato não o é.

A partir dessa nova perspectiva de análise do Judiciário, é possível abandonar o senso comum teórico e deixar de lado o diagnóstico de crise, que raramente é questionado pela doutrina. A crítica dessa diagnose foi realizada, no presente trabalho, em duas dimensões. A primeira delas foi explicitada acima e se deu a partir do questionamento direto da ideia de “crise”. A segunda dimensão critica os objetivos do processo, vistos como inalcançáveis.

O processo volta-se à descoberta da verdade, em sua concepção “real” ou formal. Só através do verdadeiro é possível dar a cada um dos litigantes aquilo que lhe é devido de acordo com o ordenamento. O recebimento do que é devido é tido como final do processo justo e como realização de justiça. Dessa forma, frequentemente a ideia de verdade está ligada à ideia de justiça, ao menos em termos processuais.

Entretanto, a verdade, em qualquer de suas concepções, e a justiça, constituem ideais utópicos, inatingíveis. Tomados como metas, geram muitos efeitos nocivos, pois legitimam absurdos em nome do alcance da utopia e desvalorizam a realidade, que parece pequena diante de imagens de perfeição. Dessa forma, toda morosidade do processo parece aceitável, pois ela é um efeito colateral da busca por uma decisão justa.

Os vários recursos são justificados dessa forma, e imagina-se que a cada novo julgamento a justiça fica mais próxima. Todavia, a perseguição de um ideal utópico

nunca causa uma aproximação dele. A utopia não é realizável e sua impossibilidade impede o seu alcance. Assim, a quarta decisão não é melhor nem mais justa que a primeira (embora elas muitas vezes não serem iguais).

A busca de má-infinitude pela verdade e pela justiça, como sua consequência direta, é um problema estrutural, fundante, do Judiciário brasileiro, e está perfeitamente de acordo com o valor privilegiado – a segurança. É em nome da segurança que o processo procura a verdade, pois só pode atuar a partir dela.

Tanto a verdade “real” quanto a formal negligenciam aspectos importantes da realidade e a presumem menos complexa do que é. A partir de uma concepção complexa do real, percebe-se o quão inatingível é a verdade que os homens muitas vezes julgam procurar. Além disso, o processo não pode ser e nunca foi totalmente voltado a ela, conclusão que é sustentada pelo fato de que o processo precisa acabar. A definitividade das decisões (mediante o seu trânsito em julgado) indica que a verdade não pode jamais ser o objetivo primordial. Caso contrário, a discussão se prolongaria *ad infinitum*.

A solução, não para a “crise”, mas para os problemas estruturais do Judiciário e seu mau funcionamento, está na assunção de novas metas factíveis e no abandono dos objetivos utópicos. A utopia não deve ser desconsiderada, pois ela tem papel importantíssimo no estabelecimento das metas realizáveis e também impede a disseminação do conformismo. É ela que permite que os homens acreditem que o real não se esgota no existente – não é, de maneira alguma, uma posição calcada no ceticismo.

A meta factível proposta para o Judiciário é centrada na prestação de tutela efetiva, com a consequente valorização da celeridade e da efetividade como valores fundantes do sistema. Como a factibilidade não é somente uma constatação do que é tecnicamente e materialmente possível, a meta também deve atender a uma condição ética, que é a consideração das necessidades dos sujeitos.

Um processo que preza pela segurança constitui-se como fim em si mesmo e considera que os indivíduos têm somente preferências, e não necessidades. Só assim é

possível crer que eles sempre podem aguardar e esperar pela segurança, ao invés de necessitarem urgentemente de um provimento célere e efetivo.

A adoção de novas metas traz uma série de consequências. Em primeiro lugar, ao deixar de lado a busca pela verdade utópica, é possível implementar a exequibilidade completa das decisões de primeiro grau. Uma reapreciação dos fatos não se justifica, e muito menos quatro instâncias recursais, ao se constatar que a última decisão não será mais justa que a primeira. A desvalorização dos juízes de primeira instância só se justifica em um sistema rigidamente hierarquizado, em que a revisão das decisões é a regra e não a exceção. Assim, a exequibilidade das primeiras decisões, a partir dos meios executivos adequados, pode ser vista como corolário de um processo civil fundado nos valores efetividade e celeridade.

Outra consequência importante é a efetivação do acesso à justiça, verdadeiro mito difundido no Brasil após a Constituição de 1988. Na verdade, boa parte da população ainda se encontra excluída do Judiciário pela ausência de defensores públicos adequados. Também não é possível esquecer que um processo que privilegia segurança atende a valores essencialmente liberais e garante a manutenção do *status quo*, e não é um processo que promove a defesa dos direitos dos que têm as necessidades mais proeminentes.

Segundo Lewis Carroll, é preciso saber para onde se quer ir para escolher o caminho adequado. Deseja-se ir na direção de um processo civil que atenda aos anseios da população e que cumpra com a sua verdadeira finalidade: instrumentalizar os direitos materiais a partir da prestação de tutela efetiva.

E como para fechar o círculo é preciso retornar ao início, ressalte-se que esse processo certamente não poderia ser simbolizado pela Têmis sem braços da Ilha de Malta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. Coleção Temas Atuais de Processo Civil v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A verdade substancial. *Genesis Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Genesis, n. 3, p. 685-695, set./dez. 1996.

_____. *A verdade e a prova no processo civil*. Disponível em: <<http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers>>. Último acesso em 15 de novembro de 2010.

_____. *Reflexões sobre o princípio da demanda*. Disponível em: <<http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers>>. Último acesso em 15 de novembro de 2010.

_____. Sentença condenatória para quê? In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 613-631.

ASSIS, Araken de. *Manual de recursos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008A

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, êsse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 26, n. 102, p. 228-238, abr. 2001.

_____. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 27, n. 105, p. 183-190 jan. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1994.

BLACK, Julia. *Empirical legal studies in financial markets: what have we learned?* LSE Legal Studies Working Paper No. 4/2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1543120>>. Último acesso em 17 de março de 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 30, n. 126, p. 59-81, ago. 2005.

CALAMANDREI, Piero. *El proceso como juego*. In: *Instituciones de derecho procesal civil: estudios sobre el proceso civil*, v. III. Buenos Aires: Librería El Foro, [s.d.], p. 259-294.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CAMPBELL, Tom. *La justicia: los principales debates contemporáneos*. Barcelona: Gedisa, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, [s.d.].

CAPONI, Remo. *O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas*. Palestra proferida no Congresso de Direito Processual, em outubro de 2010, em Curitiba, traduzida pelo Professor Sérgio Cruz Arenhart. Também disponível em < <http://unifi.academia.edu/remocaponi/Papers>> (*Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*). Último acesso em 27 de outubro de 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973.

_____. *Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano*. In: *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 154-180.

_____. Ideologías en el derecho procesal. In: *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 3-31.

_____. La justicia es igual para todos? In: *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 149-152.

_____. Pobreza y justicia. In: *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 153-183.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano Editore, [s.d.], p. 1-67.

_____. Verdade, dúvida e certeza. Trad. Eduardo Cambi. *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, n. 9, p. 606-609, julho/setembro 1998.

CAVALLONE, Bruno. In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo). *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, ano LXV, n. 1, p. 1-26, jan./fev. 2010.

CEI, Marcelo Tuze. Súmula impeditiva de recursos: integração, interpretação, constitucionalidade e efetividade. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 34, n. 173, p. 201-231, jul. 2009.

CHIARLONI, Sergio. *Introduzione allo studio del Diritto Processuale Civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1975.

_____. La verità presa sul serio. *Rivista trimestrale de diritto e procedura civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore ano LXIV, n. 2, p. 695-706, jun. 2010.

_____. Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto. *Rivista trimestrale de diritto e procedura civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, ano LVI, n. 1, p. 1-16, mar. 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile, v. I*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1957.

_____. *Instituições de direito processual civil, v. II: as relações processuais; a relação processual ordinária de cognição*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Madrid: Editorial Reus, 1925.

_____. *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937), volume primo*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luis. *Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público*. Disponível em: <<http://www.cleveadvogados.com.br/arquivos/artigo-conjunto-completo-clemerson-lenio-ingo-2005.doc>>. Último acesso em 20 de junho de 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2008*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7731&Itemid=944>. Último acesso em 13 de setembro de 2010.

_____. *Justiça em números 2009*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7731&Itemid=944>. Último acesso em 13 de setembro de 2010.

_____. *Relatório Final – metas de nivelamento do Poder Judiciário, 2009*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8825&Itemid=1048>. Último acesso em 26 de outubro de 2010.

CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao código de processo civil, v. 11: do processo cautelar, arts. 796 a 812*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Atuais reformas do processo civil italiano e brasileiro (contrastes e confrontos). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 841-868.

_____. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CURITIBA EM DADOS. Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano de Curitiba. Disponível em: <<http://www.ippuc.org.br>>.

DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o “fundamento místico da autoridade”*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

DIDIER JR., Fredie. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Revista diálogo jurídico*. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Último acesso em 20 de junho de 2009.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, v.3. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do CPC*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Instituições de direito processual civil*, v. I. 4. ed., rev., e atual. com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

ELSTER, Jon. *Pièces e engrenagens das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994,

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 73-91.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOMES JR., Luiz Manoel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário – EC 45. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 263-316.

HISTÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO DO PARANÁ. Curitiba: Indústria Gráfica Serena, 1982.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Dados do Censo 2010 publicados no Diário Oficial da União do dia 04/11/2010*. Disponível em:

<http://www.censo2010.ibge.gov.br/dados_divulgados/index.php>. Último acesso em 15 de novembro de 2010.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Correção *versus* verdade: o sentido da validade deontológica de juízos e normas morais. In: HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 267-310.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. Filosofia hermenêutica e filosofia analítica: duas versões complementares da virada linguística. In: HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 63-97.

_____. Introdução – realismo após a virada da pragmática linguística. In: HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 7-60.

_____. Verdade e justificação: a virada pragmática de Richard Rorty. In: HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 227-265.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. *Guiando a mão invisível: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português*. Coimbra: Almedina, 2004.

HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*. Edición ampliada y revisada. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2002.

_____. *Crítica à razão utópica*. Trad. Álvaro Cunha. São Paulo: Paulinas, 1986.

_____. *El asalto al poder mundial y la violencia sagrada del imperio*. San José: DEI, 2003.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. A behavioral approach to law and economics. In: SUNSTEIN, Cass R. (Ed.). *Behavioral law and economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 13-58.

KAHNEMAN, Daniel; SUNSTEIN, Cass R. *Indignation: psychology, politics, law*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=1002707>. Último acesso em 02 de abril de 2010.

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Tradução e prefácio de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2001.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.

LAUBADÉRE, André de. *Direito Público Económico*. Coimbra: Almedina, 1985.

LESSA, Pedro. *Do poder judiciário*. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *Projeto institui uma nova justiça de caráter autoritário*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0412201043.htm>>. Último acesso em 04 de dezembro de 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. rev., ampl., e atual. de acordo com as leis 11.417 e 11.418/2006 e a emenda regimental STF 21/2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba: UFPR, n. 49, p. 11-58, 2009.

_____. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Curso de processo civil, volume 3: execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Curso de processo civil, volume 5: procedimentos especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, José Frederico. *A reforma do Poder Judiciário*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1979.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Demasiados recursos? *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 31, n. 136, p. 9-31, jun. 2006.

_____. Estatística judiciária. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 28, n. 110, p. 9-18, abr./jun. 2003.

MONTELEONE, Girolamo. Intorno al concetto di verità “materiale” o “oggettiva” nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, ano LXIV, n. 1, p. 1-13, jan./fev. 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. Anotações sobre a história do direito econômico brasileiro (parte I: 1930-1956). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 67-96, abr./jun. 2004.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do Estado na economia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 99-120, jul./set. 2005.

NERY JR., Nelson. *Atualidades sobre o processo civil: a reforma do CPC brasileiro de 1994 e 1995*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NOBRE, Marcos. Introdução: modelos de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (Org.). *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papirus, 2008, p. 9-20.

NUNES, Dierle José Coelho. Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (Lei 11.277/2006). *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 31, n. 137, p. 171-186, jul. 2006.

OFFE, Claus. Critérios de racionalidade e problemas funcionais da ação político-administrativa. In: *Problemas estruturais do estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 216-233.

_____. *Sociedade civil e ordem social*. Disponível em: <<http://www.goethe.de/curitiba>>. Último acesso em 30 de junho de 2010.

PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do próximo milênio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINTORE, Anna. *Il diritto senza verità*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Aspectos fundamentais do novo CPC. In: PRADE, Péricles Luiz Medeiros (Coord.). *Estudos sobre o novo código de processo civil*. São Paulo: Resenha Tributária, [s.d.], p. 19-33.

PUTNAM, Hilary. *Razão, verdade e história*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1992.

_____. *The collapse of the fact-value dichotomy and other essays*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça: nova tradução baseada na edição americana revista pelo autor*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REPA, Luiz. Jürgen Habermas e o modelo reconstrutivo de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (Org.). *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papirus, 2008, p. 161-182.

RODRIGUES, Fernando. *Entrevista – Gilmar Mendes*. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2203201013.htm>>. Último acesso em 9 de setembro de 2010.

ROSA, Fábio Bittencourt da. *Judiciário : diagnóstico da crise*. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176277>>. Último acesso em 15 de novembro de 2010.

SALAZAR, Alcino. *Poder judiciário: bases para reorganização*. São Paulo: Forense, 1975.

SANDEL, Michael J. *O liberalismo e os limites da justiça*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SCHMITT, Carl. *Legality and legitimacy*. London: Duke University Press, 2004.

_____. *The concept of the political*. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO. Ministério da Justiça, página institucional. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ123F2D72ITEMID6DD8023789EE4DE69B639AEAAE6ABC03PTBRNN.htm>>. Último acesso em 18 de novembro de 2010.

SENADO FEDERAL. Exposição de motivos. *Código de processo civil – histórico da lei*. v. I, t. I. [s.l.], 1974.

SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1963.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Da função à estrutura. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 33, n. 158, p. 9-19, abr. 2008.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. A “plenitude de defesa” no Processo Civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 149-165.

_____. *Questão de fato em recurso extraordinário*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/>>. Último acesso em 30 de março de 2010.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

STATISTISCHES BUNDESAMT DEUTSCHLAND. *Gerichte und Personal*. Disponível em: <<http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Rechtspflege/GerichtePersonal/Tabellen/Content50/PersonalBund,templateId=renderPrint.psml>>. Último acesso em 10 de dezembro de 2010.

SUNSTEIN, Cass R. Introduction. In: SUNSTEIN, Cass R. (Ed.). *Behavioral law and economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 1-10.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Relatório estatístico STJ 2009*. Disponível em: <<http://stj.jus.br>>. Último acesso em 03 de dezembro de 2010.

_____. *Segunda turma divulga estatística dos quatro primeiros meses do ano*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97215&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=estat%EDstica>. Último acesso em 12 de outubro de 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Último acesso em 15 de novembro de 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Reforma do Judiciário: diagnóstico*. [s.l.]: Departamento de Imprensa Nacional, 1975.

TARUFFO, Michele. Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone. *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, ano LXV, n. 5, p. 995-1011, set./out. 2010.

_____. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. Trad. J. C. Barbosa Moreira. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 28, n. 110, p. 141-158, abr./jun. 2003.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des) estruturando a justiça: comentários completos à EC n. 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 885-906.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna)*. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos_pdf/Humberto/Prova.pdf>. Último acesso em 15 de novembro de 2010.

TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da law and economics. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 34, n. 178, p. 153-179, dez./2009.

TSEBELIS, George. *Jogos ocultos: escolha racional no campo da política comparada*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

VIENA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 483-502.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

XAVIER, Ângela Barreto; HESPANHA, António Manuel. A representação da sociedade e do poder. In: MATTOSO, José (Dir.); HESPANHA, António Manuel (Coord.). *História de Portugal, quarto volume: o Antigo Regime (1620-1807)*. Lisboa: Editorial Estampa, 1993, p. 113-140.



ANEXOS

ANEXO I – Estatísticas do Supremo Tribunal Federal⁴¹⁷

Movimentação STF	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Proc. Protocolados	105.307	110.771	160.453	87.186	83.667	95.212	127.535	119.324	100.781	84.369
Proc. Distribuídos	90.839	89.574	87.313	109.965	69.171	79.577	116.216	112.938	66.873	42.729
Julgamentos	86.138	109.692	83.097	107.867	101.690	103.700	110.284	159.522	130.747	121.316
Acórdãos publicados	10.770	11.407	11.685	10.840	10.674	14.173	11.421	22.257	19.377	17.704
Movimentação STF	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Proc. Protocolados	18.564	18.438	27.447	24.377	24.295	27.743	28.134	36.490	52.636	68.369
Proc. Distribuídos	16.226	17.567	26.325	23.525	25.868	25.385	23.883	34.289	50.273	54.437
Julgamentos	16.449	14.366	18.236	21.737	28.221	34.125	30.829	39.944	51.307	56.307
Acórdãos publicados	1.067	1.514	2.482	4.538	7.800	19.507	9.811	14.661	13.954	16.117
Movimentação STF	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	1989
Proc. Protocolados	9.555	12.494	13.648	14.668	16.386	18.206	22.514	20.430	21.328	14.721
Proc. Distribuídos	9.308	12.853	13.846	14.528	15.964	17.935	21.015	18.788	18.674	6.622
Julgamentos	9.007	13.371	15.117	15.260	17.780	17.798	22.158	20.122	16.313	17.432
Acórdãos publicados	3.366	3.553	4.080	4.238	5.178	4.782	5.141	4.876	4.760	1.886
Movimentação STF	1970	1971	1972	1973	1974	1975	1976	1977	1978	1979
Proc. Protocolados	6.367	5.921	6.253	7.093	7.352	8.775	6.877	7.072	8.146	8.277
Proc. Distribuídos	6.716	6.006	6.692	7.298	7.854	9.324	6.935	7.485	7.815	8.433
Julgamentos	6.486	6.407	6.523	8.049	7.986	9.083	7.565	7.947	8.848	10.051
Acórdãos publicados	3.328	3.491	3.926	4.340	4.459	3.913	3.377	3.741	3.755	3.554
Movimentação STF	1960	1961	1962	1963	1964	1965	1966	1967	1968	1969
Proc. Protocolados	6.504	6.751	7.705	8.216	8.960	8.456	7.378	7.614	8.612	8.023
Proc. Distribuídos	5.946	6.682	7.628	8.737	8.526	13.929	7.489	7.634	8.778	10.309
Julgamentos	5.747	6.886	7.436	6.881	7.849	6.241	9.175	7.879	9.899	9.954
Acórdãos publicados	4.422	7.000	7.317	7.316	7.511	5.204	6.611	6.479	6.731	5.848
Movimentação STF	1950	1951	1952	1953	1954	1955	1956	1957	1958	1959
Proc. Protocolados	3.091	3.305	3.956	4.903	4.710	5.015	6.556	6.597	7.114	6.470
Proc. Distribuídos	2.938	3.041	3.572	4.623	4.317	4.686	6.379	6.126	7.816	7.440
Julgamentos	3.371	2.917	4.197	4.464	3.933	4.146	4.940	6.174	7.302	8.360
Acórdãos publicados	3.395	2.217	2.476	3.388	4.474	3.730	3.794	5.251	6.400	7.980
Movimentação STF	1940	1941	1942	1943	1944	1945	1946	1947	1948	1949
Proc. Protocolados	2.419	2.629	2.496	2.480	2.584	3.422	2.415	2.773	2.729	3.335
Proc. Distribuídos	2.211	2.503	2.310	2.281	2.324	2.566	2.246	2.430	2.569	3.705
Julgamentos	1.807	2.265	2.447	2.355	2.321	1.860	1.819	2.565	2.988	3.269
Acórdãos publicados	1.469	2.105	2.238	2.111	2.001	1.801	1.251	1.992	2.079	2.758

⁴¹⁷ Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimento>
Processual

ANEXO II – Estatísticas Gerais do Superior Tribunal de Justiça⁴¹⁸

Processos Anos	 	Pendentes do (s) ano(s) anterior(es) (A)	Distribuídos (B)	Julgados				Pendentes do Ano G = B - C		Pendentes acumulados H = (A + G)	
				Processo Principal (C)	AgRg (D)	EDcl (E)	Total de Julgados F = (C+D+E)	Valor Absoluto	(%)	Valor Absoluto	(%)
1989		..	6103	3550	90	71	3711	2553	41,83	2553	41,83
1990		2553	14087	10829	507	406	11742	3258	23,13	5811	28,78
1991		5811	23368	17527	1139	601	19267	5841	25,00	11652	26,75
1992		11652	33872	28673	1926	829	31428	5199	15,35	16851	21,76
1993		16851	33336	31295	2372	1438	35105	2041	6,12	18892	17,06
1994		18892	38670	39034	2378	1620	43032	-364	-0,94	18528	12,40
1995		18528	68576	57338	3245	1749	62332	11238	16,39	29766	13,65
1996		29766	77032	71122	4263	2244	77629	5910	7,67	35676	12,09
1997		35676	96376	91263	7095	3696	102054	5113	5,31	40789	10,42
1998		40789	92107	85694	10591	5182	101467	6413	6,96	47202	9,89
1999		47202	118977	116024	7441	4577	128042	2953	2,48	50155	8,61
2000		50155	150738	136180	11741	6243	154164	14558	9,66	64713	8,59
2001		64.713	184.478	179.364	13.952	5.297	198.613	5.114	2,77	69.827	7,45
2002		69.827	155.959	149.722	14.852	7.406	171.980	6.237	4,00	76.064	6,95
2003		76.064	226.440	189.778	17.853	9.368	216.999	36.662	16,19	112.726	8,54
2004		112.726	215.411	203.041	27.164	11.104	241.309	12.370	5,74	125.096	8,15
2005		125.096	211.128	222.529	32.770	16.129	271.428	-11.401	-5,40	113.695	6,51
2006		113.695	251.020	222.245	26.346	13.752	262.343	28.775	11,46	142.470	7,13
2007		142.470	313.364	277.810	35.864	16.583	330.257	35.554	11,35	178.024	7,70
2008		178.024	271.521	274.247	51.195	28.600	354.042	-2.726	-1,00	175.298	6,79
2009		175.298	292.103	254.955	48.437	25.326	328.718	37.148	12,72	212.446	7,39
Total			2.874.666	2.662.220	321.221	162.221	3.145.662	212.446	7,39

⁴¹⁸ Fonte: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Relatório Estatístico STJ 2009*, p. 18.

ANEXO III – Tempo médio de arquivamento dos processos no Superior Tribunal de Justiça⁴¹⁹

CLASSE	TEMPO MÉDIO	TOTAL DE PROCESSOS
AG	498	92.536
AG/RE	488	1.844
AG/RMS	106	1
AIA	928	2
Apn	1.316	30
AR	1.904	238
CAT	1.556	16
CC	240	8.399
Com	75	1
CR	2.021	75
Eag	417	422
EmbExeMS	1.288	2
EREsp	606	1.861
ExeAR	1.293	2
ExeMS	422	5
ExSusp	328	6
ExVerd	1.148	1
HC	379	25.921
HD	137	19
IF	2.008	7
IJ	274	6
Inq	756	30
MC	483	1.364
MI	532	3
MS	1.155	967
NC	2.681	5
Pet	372	613
Rcl	378	703
REsp	821	64.739
RHC	548	2.061
RMS	913	2.161
RO	903	10
Rp	441	23
RvCr	122	82
Sd	1.545	35
SE	461	1.275
SEC	1.061	36
SLS	176	176
SS	98	391
STA	1.847	1

⁴¹⁹ Fonte: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Relatório Estatístico STJ 2009*, p. 21.

ANEXO IV – Cumprimento da Meta nº 2 do Conselho Nacional de Justiça nos Tribunais Superiores (2009)⁴²⁰

Tribunal	Pendente Inicial [1]	Processos Julgados em 2009 [2]	Pendentes em 31/12/2009 [3]	Julgados em 2010 [4]	Pendentes em 17/02/2010 [5]	Percentual de Cumprimento da Meta 2 [6]	Percentual Atual de Cumprimento [7]
Tribunal Superior Eleitoral	240	240	0	0	0	100%	100%
Superior Tribunal de Justiça	35.989	29.632	6.357	512	5.845	82%	84%
Tribunal Superior do Trabalho	55.740	50.828	4.912	0	4.912	91%	91%
Superior Tribunal Militar	0	0	0	0	0	100%	100%
Tribunais Superiores	91.969	80.700	11.269	512	10.757	88%	88%

[1] Processos pendentes de julgamento em 31/12/2008 que se enquadram na Meta 2, ou seja, que ingressaram até 2005.

[2] Total de processos da Meta 2 julgados até 31/12/2009, inclusive aqueles que não transitaram em julgado nos tribunais.

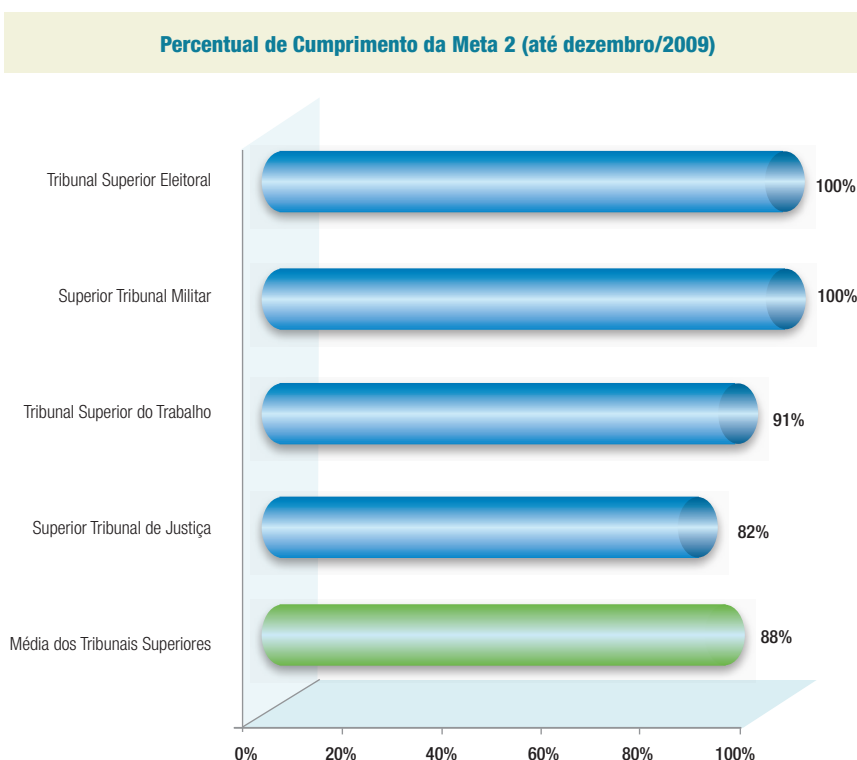
[3] Saldo de processos da Meta 2 que ao final do dia 31/12/2009 ainda estavam pendentes de julgamento.

[4] Total de processos da Meta 2 julgados entre 01/01/2010 e 17/02/2010.

[5] Saldo de processos da Meta 2 que ao final do dia 17/02/2010 ainda estavam pendentes de julgamento.

[6] Percentual calculado entre o total de processos julgados em 2009 [2] e o total de processos da Meta 2 [1].

[7] Percentual calculado entre a soma dos processos julgados em 2009 e 2010 ([2] e [4]) e o total de processos da Meta 2 [1].



⁴²⁰ Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Final – metas de nivelamento do Poder Judiciário, 2009*, p. 16.

ANEXO V - Cumprimento da Meta nº 2 do Conselho Nacional de Justiça na Justiça Estadual (2009)⁴²¹

Tribunal	Pendente Inicial [1]	Processos Julgados em 2009 [2]	Pendentes em 31/12/2009 [3]	Julgados em 2010 [4]	Pendentes em 17/02/2010 [5]	Percentual de Cumprimento da Meta 2 [6]	Percentual Atual de Cumprimento [7]
TJ - Acre	4.245	2.837	1.408	301	1.107	67%	74%
TJ - Alagoas	39.148	22.529	16.619	1.027	15.592	58%	60%
TJ - Amazonas	59.002	29.205	29.797	1.664	28.133	49%	52%
TJ - Amapá	2.565	2.361	204	55	149	92%	94%
TJ - Bahia	624.091	190.528	433.563	8.215	425.348	31%	32%
TJ - Ceará	169.160	78.336	90.824	3.979	86.845	46%	49%
TJ - Distrito Federal	23.149	12.583	10.566	720	9.846	54%	57%
TJ - Espírito Santo	43.281	24.774	18.507	457	18.050	57%	58%
TJ - Goiás	188.457	144.936	43.521	0	43.521	77%	77%
TJ - Maranhão	61.576	31.705	29.871	514	29.357	51%	52%
TJ - Minas Gerais	225.812	93.596	132.216	0	132.216	41%	41%
TJ - Mato Grosso do Sul	15.670	8.478	7.192	685	6.507	54%	58%
TJ - Mato Grosso	48.692	31.959	16.733	820	15.913	66%	67%
TJ - Pará	158.312	108.950	49.362	5.839	43.523	69%	73%
TJ - Paraíba	21.242	12.720	8.522	0	8.522	60%	60%
TJ - Pernambuco	197.119	76.974	120.145	4.056	116.089	39%	41%
TJ - Piauí	55.754	26.350	29.404	398	29.006	47%	48%
TJ - Paraná	142.063	89.526	52.537	2.534	50.003	63%	65%
TJ - Rio de Janeiro	916.004	753.043	162.961	29.261	133.700	82%	85%
TJ - Rio Grande do Norte	35.321	22.674	12.647	421	12.226	64%	65%
TJ - Rondônia	3.185	2.067	1.118	0	1.118	65%	65%
TJ - Roraima	3.099	1.337	1.762	55	1.707	43%	45%
TJ - Rio Grande do Sul	110.046	52.710	57.336	2.217	55.119	48%	50%
TJ - Santa Catarina	110.388	54.456	55.932	3.902	52.030	49%	53%
TJ - Sergipe	16.484	10.723	5.761	156	5.605	65%	66%
TJ - São Paulo	513.958	258.580	255.378	6.538	248.840	50%	52%
TJ - Tocantins	35.697	25.400	10.297	1.694	8.603	71%	76%
Justiça Estadual	3.823.520	2.169.337	1.654.183	75.508	1.578.675	57%	59%

[1] Processos pendentes de julgamento em 31/12/2008 que se enquadram na Meta 2, ou seja, que ingressaram até 2005.

[2] Total de processos da Meta 2 julgados até 31/12/2009, inclusive aqueles que não transitaram em julgado nos tribunais.

[3] Saldo de processos da Meta 2 que ao final do dia 31/12/2009 ainda estavam pendentes de julgamento.

[4] Total de processos da Meta 2 julgados entre 01/01/2010 e 17/02/2010.

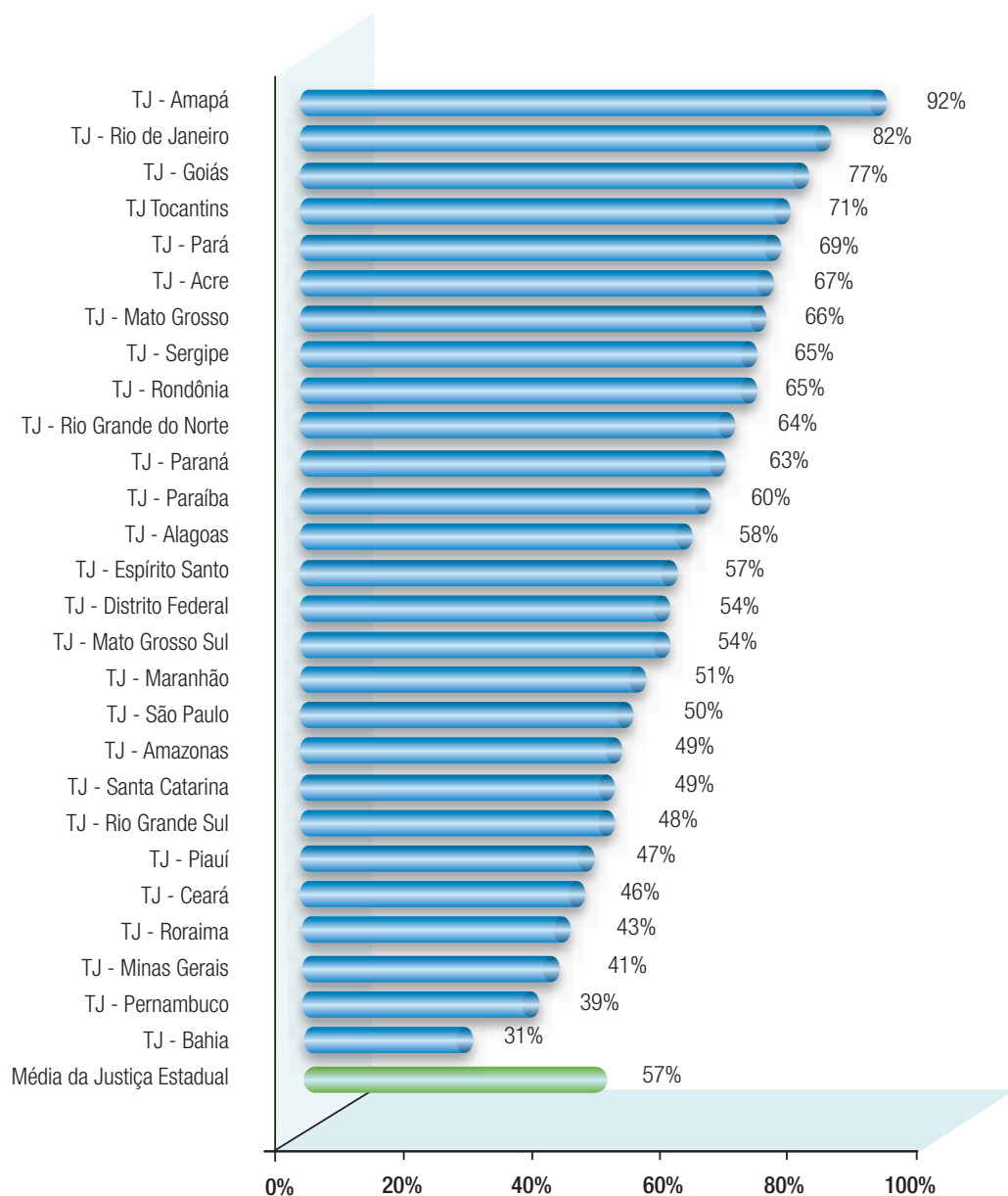
[5] Saldo de processos da Meta 2 que ao final do dia 17/02/2010 ainda estavam pendentes de julgamento.

[6] Percentual calculado entre o total de processos julgados em 2009 [2] e o total de processos da Meta 2 [1].

[7] Percentual calculado entre a soma dos processos julgados em 2009 e 2010 ([2] e [4]) e o total de processos da Meta 2 [1]

⁴²¹ Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Final – metas de nivelamento do Poder Judiciário, 2009*, p. 26.

Percentual de Cumprimento da Meta 2 (até dezembro/2009)



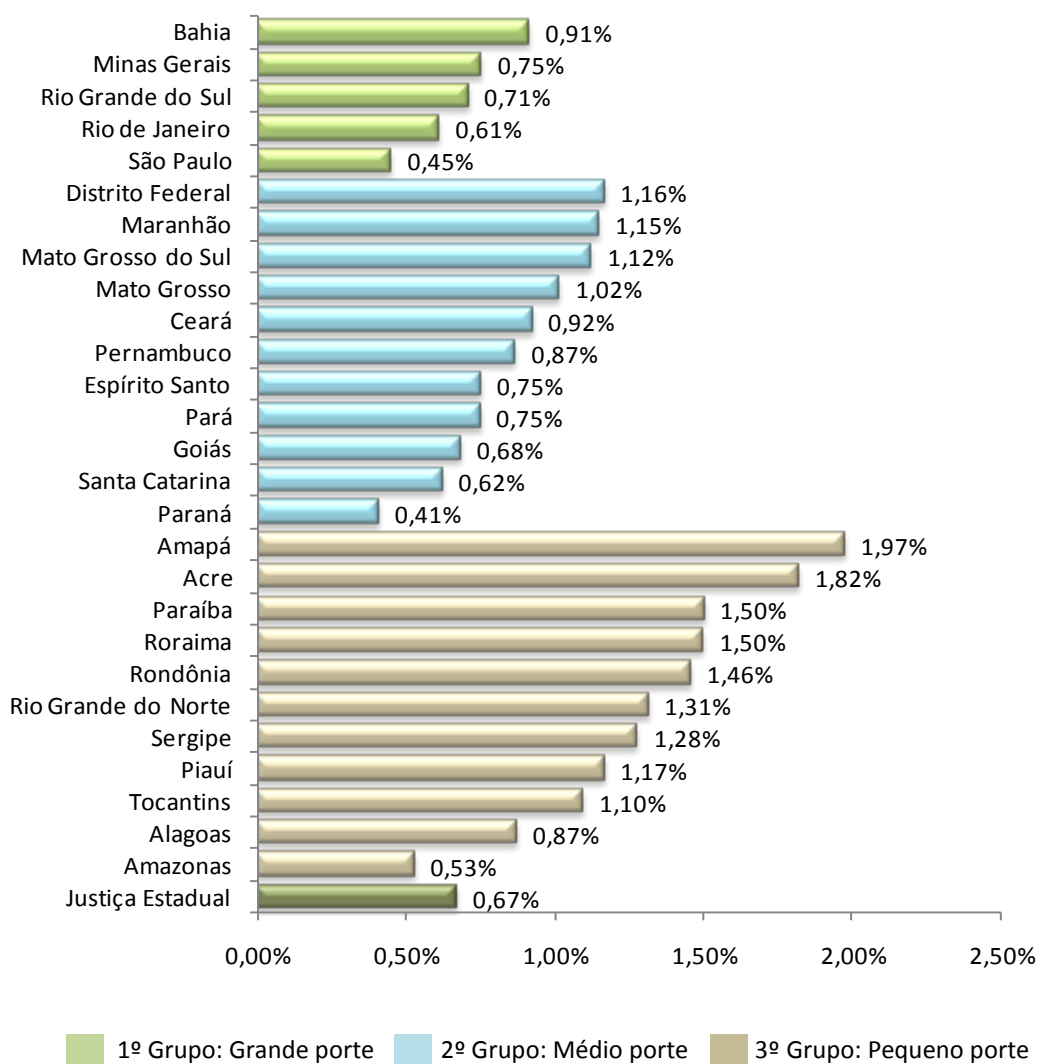
ANEXO IV – “Plano de ação” para o cumprimento da Meta nº 2 do CNJ⁴²²

1. O quê Descrição da meta	Identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31/12/2005 (em 1º, 2º grau ou tribunais superiores).					
2. Quando Prazo final para execução	Data limite para término da ação - ____/____/____					
3. Porque Objetivo do trabalho						
4. Quem Nome do gestor da meta						
5. Onde Área(s) responsável (is) pela execução						
6. Como Descrição das atividades suficientes e necessárias ao atingimento do objetivo	Atividade	Data de início	Data de término	Área responsável	Nome do responsável	
	1.	__/__/__	__/__/__			
	2.	__/__/__	__/__/__			
	3.	__/__/__	__/__/__			
	4.	__/__/__	__/__/__			
		__/__/__	__/__/__			

⁴²² Fonte: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10175.

ANEXO VII – Despesa total da Justiça Estadual em relação ao PIB⁴²³

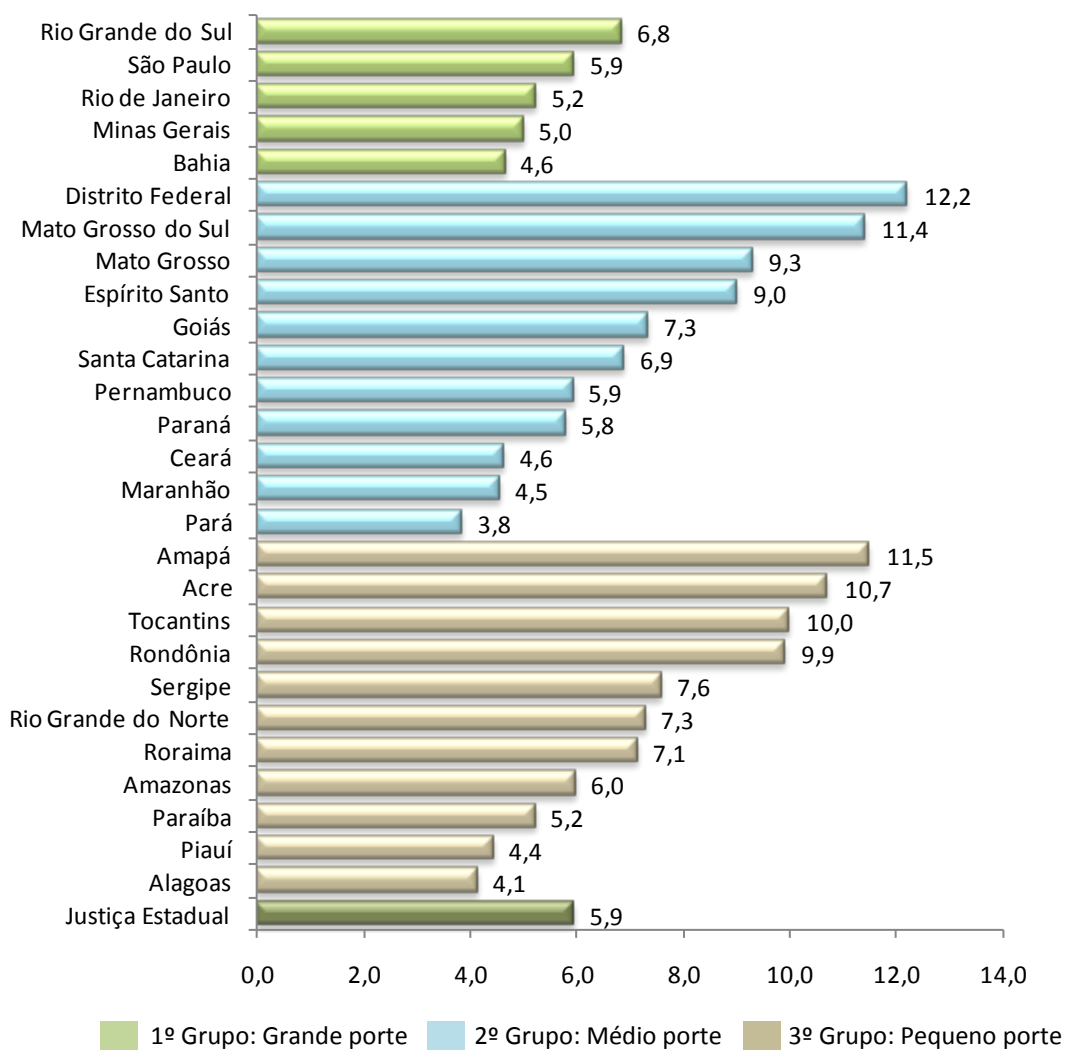
Gráfico 4.1 – Despesa total da Justiça Estadual em relação ao PIB



⁴²³ Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009*, p. 118.

ANEXO VIII – Magistrados por cem mil habitantes⁴²⁴

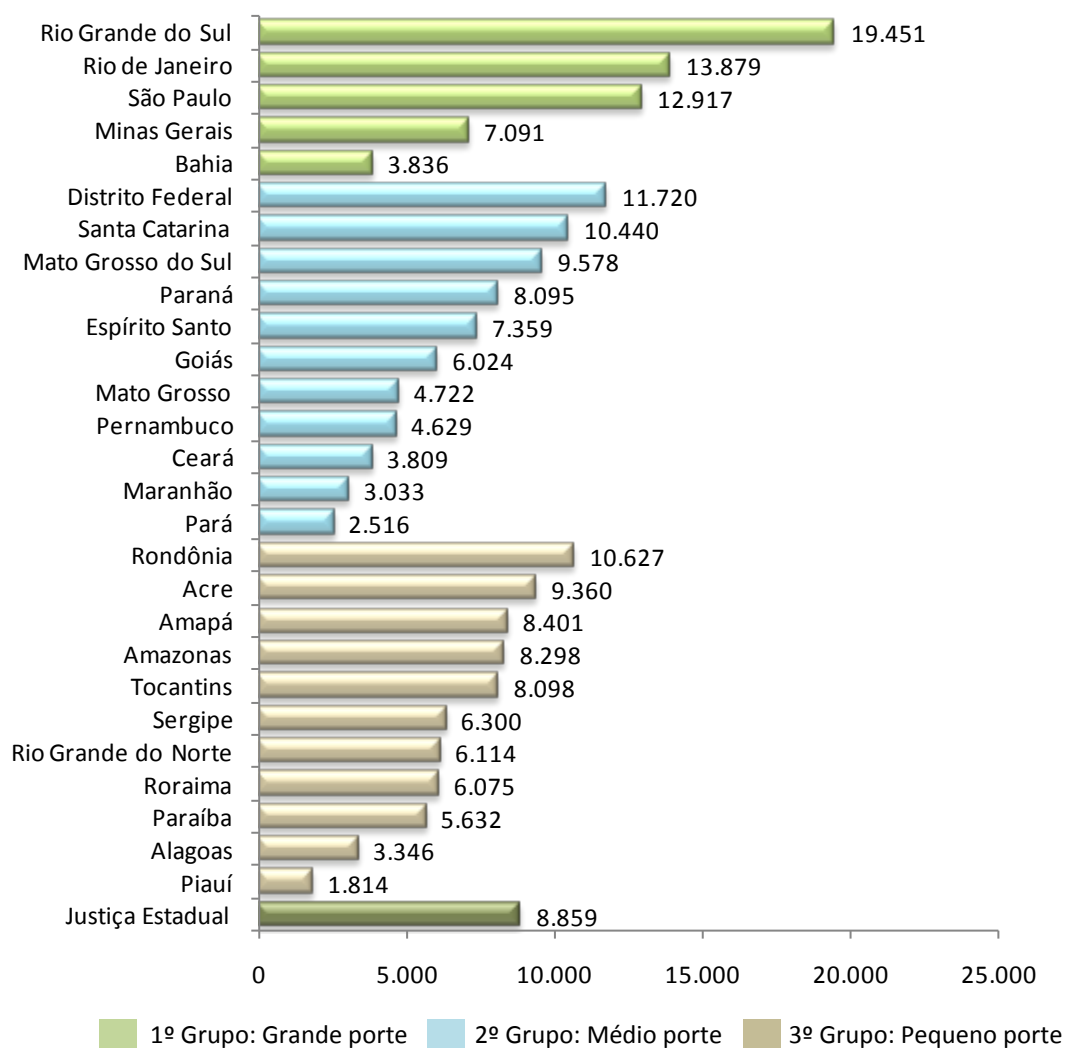
Gráfico 4.9 – Magistrados por cem mil habitantes



⁴²⁴ Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009*, p. 134.

ANEXO XIX – Casos novos por cem mil habitantes⁴²⁵

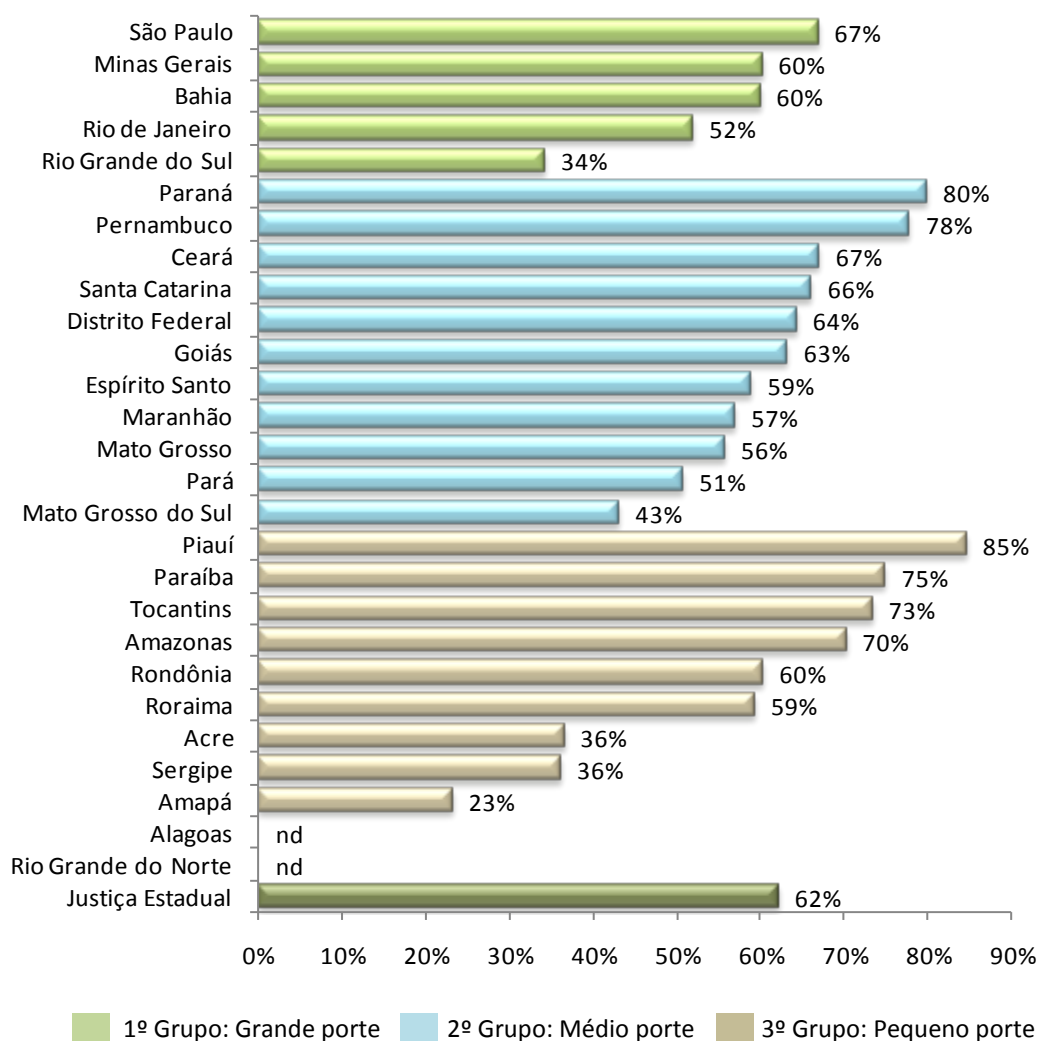
Gráfico 4.10 – Casos novos por cem mil habitantes



⁴²⁵ Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009*, p. 139.

ANEXO X – Taxa de congestionamento na fase de conhecimento no 1º grau de jurisdição e Juizados Especiais⁴²⁶

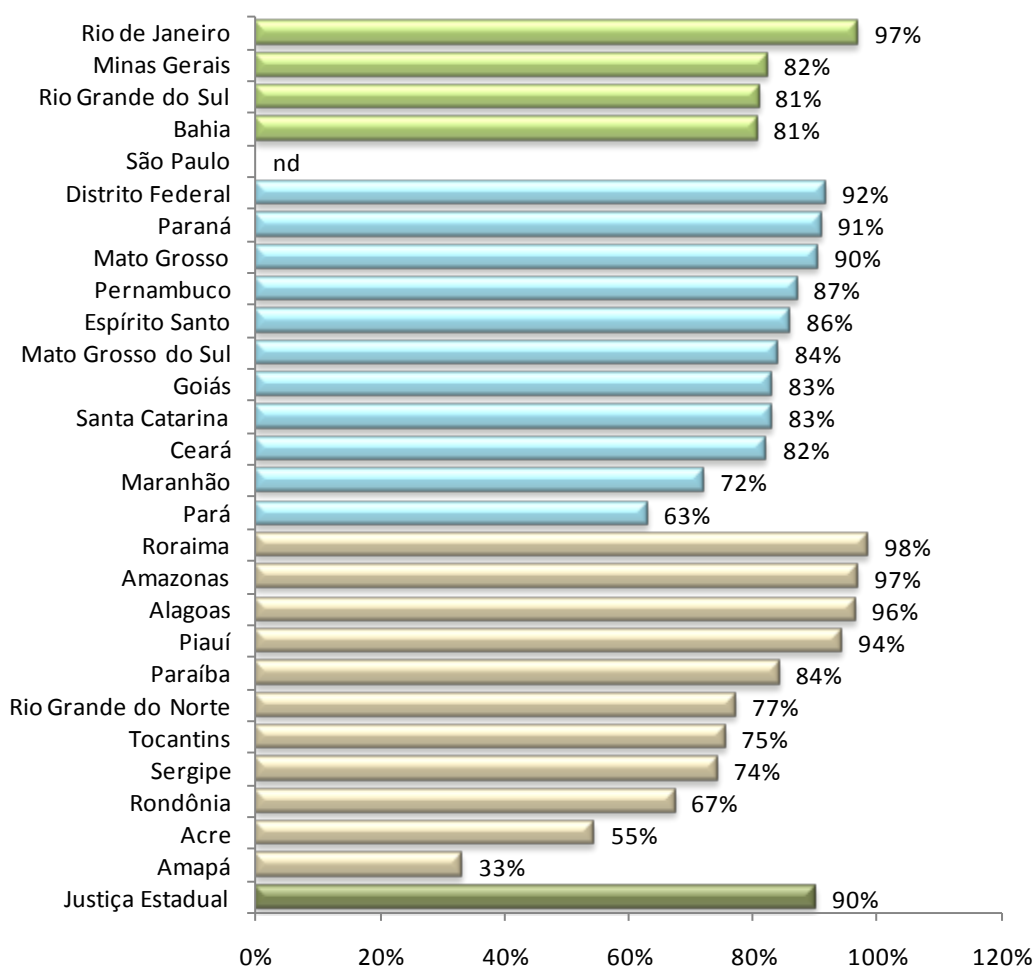
Gráfico 4.25 – Taxa de congestionamento na fase de conhecimento do 1º grau e dos juizados especiais



⁴²⁶ Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009*, p. 168.

ANEXO XI – Taxa de congestionamento na fase de execução no 1º grau de jurisdição e Juizados Especiais⁴²⁷

Gráfico 4.26 – Taxa de congestionamento na fase de execução do 1º grau e dos juizados especiais



⁴²⁷ Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009*, p. 170.

ANEXO XII – Tabela síntese final do Judiciário⁴²⁸Tabela 5.3 – Variáveis utilizadas no *Relatório Sintético Justiça em Números 2009*, por Justiça e total

Variável	Justiça			Total
	Estadual	Federal	Trabalho	
Despesas e receitas				
Despesa total da Justiça	R\$ 21.043.014.473	R\$ 6.129.836.730	R\$ 10.158.536.903	R\$ 37.331.388.106
Despesa com recursos humanos	R\$ 18.780.945.004	R\$ 5.703.302.909	R\$ 9.409.013.675	R\$ 33.893.261.588
Total de receitas	R\$ 6.639.734.262	R\$ 9.290.499.356	R\$ 3.392.267.944	R\$ 19.322.501.562
Recursos humanos				
Total de magistrados	11.361	1.550	3.197	16.108
Total de magistrados no 2º grau	1.649	139	533	2.321
Total de magistrados no 1º grau e Juizados Especiais	9.659	1.360	2.664	13.683
Total de servidores	227.554	40.438	44.581	312.573
Total de servidores efetivos	142.393	23.172	33.503	199.068
Total de servidores cedidos	1.194	558	1.239	2.991
Total de servidores requisitados	8.129	3.751	3.263	15.143
Total de servidores sem vínculo	11.126	164	205	11.495
Total de servidores da área judiciária	143.211	17.682	27.271	188.164
Total de força de trabalho	238.915	41.988	47.778	328.681
Litigiosidade				
Total de casos novos	18.716.125	3.374.214	3.419.124	25.509.463
Total de casos novos no 2º grau	1.786.222	452.052	538.559	2.776.833
Total de casos novos no 1º grau	12.577.193	948.901	2.880.565	16.406.659
Total de casos novos nos Juizados Especiais	3.984.155	1.548.730	na	5.532.885
Total de casos pendentes	50.529.385	7.352.908	3.238.595	61.120.888
Total de casos pendentes no 2º grau	1.308.335	936.622	228.244	2.473.201
Total de casos pendentes no 1º grau	44.741.063	4.133.084	3.010.351	51.884.498
Total de casos pendentes nos Juizados Especiais	4.316.015	1.756.571	na	6.072.586
Total de processos baixados	18.362.218	3.369.395	3.403.181	25.134.794
Total de processos baixados no 2º grau	1.532.980	457.548	542.225	2.532.753
Total de processos baixados no 1º grau	12.178.457	1.263.297	2.860.956	16.302.710
Total de processos baixados nos Juizados Especiais	4.332.849	1.378.446	na	5.711.295
Total de sentenças	17.175.561	2.754.453	3.251.544	23.181.558

Fonte: Justiça em Números 2009

na: não se aplica

⁴²⁸ Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009*, p. 184.